الجمهورية العراقية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

القانون المدني وأحكام الالتزام

الأستاذ

الدكتور عبد المجيد الحكيم

الأستاذ

عبد الباقي البكري

الأستاذ المساعد

محمد طه البشير

الجزء الثاني

مُقدِّمة

١ــ إن الترتيب التقليدي لدراسة نظرية الالتزام والذي اتبعه المشرع العراقي في تبويب تقنينه المدني، يجزئ دراستها إلى جزأين: يتناول أولهما مصادر الالتزام بالبحث، ويحيط ثانيهما الالتزام في ذاته بالتفصيل. وإذا كان الجزء الأول يعين الدارس على تحديد معنى الالتزام، وعلى التمييز بينه وبين الحق العيني، وعلى الوقوف على أركانه، وعلى تفهم مصادره، فيمكنه من التعرف على الروابط القانونية وعلى المصادر التي تمدها بأسباب الوجود والحياة، فإن الجزء الثاني يتناول الكلام على الالتزام في ذاته، أي على الالتزام مجرداً عن مصدره. وهو يعرف الدارس على مجموعة من القواعد العامة التي تحكم جميع الالتزامات أياً كانت مصادرها. ويعينه على دراسة الرابطة القانونية في ذاتها مستقلة عن مصادر وجودها، وهو جزء يعنون عادة بأحكام الالتزام.

٢ـ إن الإلمام بأحكام الالتزام أو دراسة الالتزام في ذاته، يقتضينا أن نمعن النظر فيه وننظر إلى هذه الرابطة القانونية نظرتنا إلى أي كائن حي يلبث على قيد الحياة بعد مولده ردحاً من الزمن حتى يحين أجله.

ولذلك ينبغي أن نتعقب في دراستنا الالتزام بعد مولده، لنتبين كيف يحيى ومتى يندثر، كي نفهم الأحكام التي تطبق عليه منذ نشوئه حتى انقضائه.

٣ــ إن تعقب حياة الالتزام بعد نشوئه حتى انقضائه يقتضينا الإشارة إلى التسلسل المنطقي في بحثها، وإلى رأينا فيما أقدم عليه المشرع العراقي من تبويب، فقد وزع المشرع العراقي الكلام على أحكام الالتزام على أبواب خمسة عنونها بما يلي: آثار الالتزام والأوصاف المعدلة لآثار الالتزام وانتقال الالتزام وانقضاء الالتزام وإثبات الالتزام. ولنا الرأي الآتي في تقدير هذا التبويب.

أولاًــ أطلق المشرع العراقي على الباب الثاني في كلامه على نظرية الالتزام وهو الباب الأول في دراسة أحكام الالتزام، عنوان آثار الالتزام، وهو مصطلح جرى

المشرعون على استعماله وسايرهم شراح القوانين المدنية في ذلك، ولكننا نستحسن استعمال مصطلح تنفيذ الالتزام بديلاً عن مصطلح آثار الالتزام، ونسويق لدعم وجهة نظرنا مبررات أربعة، أولها، أن الالتزام في ذاته لا يعدو أن يكون أثراً لمصدره، ولا يستساغ القول بأن الأثر يولد أثراً. ثانيها، وإذا قيل كمبرر التمييز بين أثر العقد وبين أثر الالتزام، أن أثر العقد هو إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء الالتزام، وأن أثر الالتزام هو إنشاء حق للدائن تجاه مدينه، فيصح القول أن حق الدائن لا يتعدى مطالبة المدين بوجوب تنفيذ التزامه وجوباً يستند إلى المصدر الذي أنشأه وأسبغ عليه القوة الملزمة. ثالثهما، أن التمعن فيما ساق المشرع من آثار للالتزام يقطع بأنها تدور في فلك تنفيذه: فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً أجبر على التنفيذه، سواء وقع التنفيذ الجبري عينياً أو تم بطريق التعويض، وإذا كانت ذمة المدين المالية هي الضمان العام لحقوق الدائنين، فإن ما خوله القانون للدائن من وسائل ضمان إنما تقررت تيسيراً له في اقتضاء حقه إذا امتنع عن تنفيذ التزامه. رابعها، إن ما ذكره المشرع من أوصاف معدلة لآثار الالتزام لا تعدو أن تكون أوصافاً معدلة لقواعد تنفيذه.

وبناء على ما تقدم فإننا نرى أن أول حكم قرره المشرع للالتزام هو تنفيذه، سواء وقع التنفيذ اختيارياً أو جبراً، وسواء تم التنفيذ الجبري عيناً أو بطريق التعويض. ولذلك فإننا سنطلق على الباب الأول من بحثنا في أحكام الالتزام مصطلح تنفيذ الالتزام بدلاً من مصطلح آثار الالتزام.

ثانياًـ لقد عنون المشرع العراقي الباب الثالث في بحثه في نظرية الالتزام، وهو الباب الثاني في دراسة أحكام الالتزام، بمصطلح الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، ونرى أن المصطلح الأفضل لعنونة هذا الباب هو أوصاف الالتزام، ذلك لأن الالتزام قد يكون بسيطاً، وقد يكون موصوفاً تلحقه بعض الأوصاف التي تؤثر في قوته الملزمة أو في قيمته المالية، كالشرط والأجل والتعدد، كأن يتعدد محله أو يتعدد طرفاه من دائن أو مدين.

ثالثاًـ أما الباب السادس الذي خصصه المشرع العراقي للبحث في نظرية الالتـزام ويقابل الباب الخامس في البحث في أحكام الالتزام، والمعنون بإثبات الالتزام، فقد كنا نرى أنه موضوع يجب أن يتصدر جميع البحوث في أحكام الالتـزام، لأن الإثبـات ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام في ذاته، ولذلك ينبغي أن يرد بعد الفراغ في البحث في المصادر مباشرة لأنه يعالج طرق إثباتها. وإذا كنا قد رأينـا ذلـك، لأن المشرع تكلم في الإثبات في القسم الأول من تقنينه المدني الذي خصصـه للحقـوق الشخصية، إلا أننا كنا نفضل لو تكلم عليه المشرع في قانون مستقل، على اعتبار أن نظرية الإثبات نظرية عامة تتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية وآثارهما في حقل القانون برمته[1]. فهي في دائرة المعاملات المالية لا تختص بمصادر الالتزام وحدها وإنما تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية معاً: وهي لا تختص بالقانون المدني وحـده وإنما تتناول قانون الأحوال الشخصية والقانون التجاري وسائر المعاملات التي تتعلـق بالقانون الخاص بفروعه المختلفة، بل وبسائر العلاقات التي تتعلق بفـروع القـانون كافة. وقد صدر قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ مستجيباً لكل ذلك، مستبعداً قواعد الإثبات من نطاق قواعد القانون المدني، موحداً لها في المسائل المدنية والتجارية معاً.

٤ـ خطتنا في البحث

وسنجري في البحث وفق الترتيب الذي رسمناه، فنوزع بحثنا في أحكام الالتـزام على أبواب أربعة. نعقد أولها للكلام على تنفيذ الالتزام. ونفرد ثانيها للكـلام علـى أوصاف الالتزام. ونخصص ثالثها للبحث في انتقال الالتزام. أما رابعهـا فسـيختص بالكلام على انقضاء الالتزام.

---

(١) عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام. ص ٤

الباب الأول
تنفيذ الالتزام

٥ـ تمهيد

إن الكلام على تنفيذ الالتزام يقتضينا أن نسوق له تمهيداً يتناول التمييز بين كل من المسئولية والمديونية أولاً، وبين كل من الالتزام المدني والالتزام الطبيعي ثانياً، ويحدد نهجنا في البحث أخيراً.

٦ـ المديونية والمسئولية

ميزت القوانين القديمة كالقانون الروماني بين عنصرين يتحلل إليهما الالتزام[١] أولهما، عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن قبوله. وثانيهما، عنصر المسئولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء إن لم يقم به مختاراً. فإذا نفذ المدين التزامه طوعاً انقضى عنصر المديونية، وإذا امتنع عن تنفيذ التزامه برز عنصر المسئولية الذي يقتضي قهره على التنفيذ.

وقد عمد جانب كبير من الفقه المعاصر إلى النظر إلى الالتزام على أنه رابطة موحدة، إلا أن التمييز بين هذين العنصرين لا يزال مسلماً به من قبل جانب آخر من الفقه، كالفقه الألماني والإيطالي والمصري والعراقي بحجة أن كثيراً من الحالات لا يمكن تفسيرها إلا على أساس ازدواج رابطة الالتزام.

---

(١) مونييه. موجز القانون الروماني. جـ٢. ص ٣. أنور سلطان. أحكام الالتزام ص ١٢.

فقد توجد المديونية دون المسئولية كحالة الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدين به على الوفاء. وقد تزيد المديونية على المسئولية كحالة الشريك الموصي الذي لا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود حصته. وقد تزيد المسئولية على المديونية كحالة المدينين المتضامنين الذين يسأل كل منهم عن كل الدين مهما كان نصيبه فيه. وقد تقوم المسئولية لضمان دين غير حال. فتجوز الكفالة في الدين إذا حدد المبلغ المكفول. وقد تقوم المسئولية لضمان دين غير شخصي كحالة الرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين. وقد تسبق المسئولية المديونية في النشوء، فتنشأ لضمان دين مستقبل أو دين احتمالي. وإلى ذلك أشارت المادة ١٢٩٣ من القانون المدني العراقي بقولها:(يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي). فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين).

٧- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي

الأصل أن يجتمع عنصرا المديونية والمسئولية في كل التزام. ويسمى الالتزام عندئذ بالالتزام المدني. وفيه يبدو عنصر المديونية في صورة قيام المدين بتنفيذ التزامه. فإذا قام بالتنفيذ مختاراً انقضى التزامه. أما إذا لم يقم بالتنفيذ، فإن عنصر المسئولية يبرز عندئذ لجبره على التنفيذ، وتضع السلطة العامة عندئذ في خدمة الدائن لقهر المدين على الوفاء بما التزم.

أما إذا تخلف عنصر المسئولية، اعتبر الالتزام ناقصاً وسمي بالالتزام الطبيعي وفيه يبرز عنصر المديونية الذي يقتضي من المدين وجوب الوفاء ويعتبر المدين مديناً في نظر القانون فيصح وفاؤه ولا يستطيع استرداد ما وفي عن بينة واختيار أما عنصر المسئولية فإنه لا يقوم في هذا الالتزام. ولذلك لا يمكن إجبار المدين على الوفاء بالتزام طبيعي إذا لم يقم بالتنفيذ من تلقاء نفسه ويلاحظ أن القانون المدني العراقي لم يتناول الالتزام الطبيعي بالبحث، خلافاً لكثير من القوانين المدنية العربية ومنها

القانون المدني المصري والسوري. إلا أن سكوت القانون المدني العراقي لا يعني إهمال نظرية الالتزام الطبيعي. إذ يمكن الأخذ بها دون نص[1]. ومن الأمثلة على الالتزام الطبيعي في الفقه الغربي، الالتزام المتخلف عن إبطال التزام ناقص الأهلية لعدم استيفاء الإجراءات اللازمة لصحة التزامه، والالتزام المترتب في ذمة الورثة بتنفيذ إرادة الموصي بسبب عدم استيفاء الوصية إجراءاتها الشكلية. ومن الالتزامات الطبيعية الالتزام المتخلف في ذمة المدين إذا دفع دائنه بالتقادم أو بقوة اليمين الحاسمة أو بحجية الشيء المقضي فيه.

٨ـ تنفيذ الالتزام المدني

لما كان الالتزام المدني يضم عنصري المديونية والمسئولية معاً فإن الكلام على تنفيذه يتضمن ما يأتي:

أولاً ــ إن وجود الالتزام في ذمة شخص يقتضي قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعاً. ويسمى التنفيذ عندئذ بالتنفيذ العيني الاختياري. فإذا نفذ المدين التزامه مختاراً انقضى التزامه بالوفاء. والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام.

ثانياً ــ وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أمكن الدائن جبره على الوفاء. ويستعين الدائن عندئذ بالسلطة العامة لإكراه المدين على تنفيذ التزامه. ويسمى التنفيذ وقتئذ بالتنفيذ الجبري.

والأصل أن يقع التنفيذ الجبري تنفيذاً عينياً أي قهر المدين على أداء عين التزامه لينفذ ذات ما التزم به وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري الذي يتحقق عند توافر شروط معينة. أما إذا لم تتوافر هذه الشروط جميعاً، فإن التنفيذ العيني يتحول إلى تنفيذ بمقابل. وعندئذ يقوم المدين بدفع ما يساوي المنفعة التي كان الدائن سينالها فيما لو نفذ المدين التزامه فعليه أن يؤدي إلى دائنه تعويضاً يشمل ما أصاب الدائن من

---

(١) عبد الباقي البكري. تنفيذ الالتزام ص ٤٤٩ـ ٥٣٥.

خسارة ما فاته من كسب نتجا عن عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. ويسمى هذا الضرب من التنفيذ الجبري بالتنفيذ بمقابل أو بالتنفيذ بطريق التعويض.

ثالثاًـ ولما كانت أموال المدين جميعاً ضامنة الوفاء بديونه، لأن ذمة المدين المالية هي الضمان العام لحقوق دائنيه، لذلك ينبغي حماية الدائن من التصرفات التي يجريها مدينه في الفترة السابقة على التنفيذ والمفضية إلى أضعاف هذا الضمان. وتتحقق هذه الحماية بإجراءات تقف وسطاً بين الإجراءات التحفظية وبين الإجراءات التنفيذية وأطلق المشرع العراقي عليها اسم الوسائل إلى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين.

٩ـ منهجنا في البحث

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول. نفرد أولها للتنفيذ العيني الجبري. ونعقد ثانيها للتنفيذ بمقابل أما ثالثها فنخصصه للكلام على حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه.

الفصل الأول
التنفيذ العيني الجبري

١٠ـ تمهيد

إذا ترتب الالتزام في ذمة شخص وجب عليه الوفاء بذات الالتزام الذي تعهد به أياً كان محله. وبتمام الوفاء ينقضي الالتزام. ويسمى التنفيذ عندئذ تنفيذاً عينياً اختيارياً. وإذا كان المشرع العراقي لم يشر إلى التنفيذ العيني الاختياري في صدر كلامه في آثار الالتزام واكتفى بترتيب نتائجه في باب انقضاء الالتزام واعتبر وفاء الملتزم بذات التزامه الطريق الطبيعي لانقضائه، فلأن وجوب الوفاء بالالتزام أمر مسلم به دونما حاجة إلى نص، ولأن البحث في الوفاء وأحكامه في باب انقضاء الالتزام طريق سار عليه أغلب المشرعين في تقنيناتهم وتبعهم المشرع العراقي في مسلكه. ومع ذلك ينبغي أن يلاحظ، أن الوفاء كما يكون سبباً لانقضاء الالتزام فإنه يعتبر طريقاً لتنفيذه. ولذلك جرت بعض القوانين[١]، كتقنين الالتزامات السويسري والقانون المدني البولوني على معالجة أحكام الوفاء عند الكلام على قواعد تنفيذ الالتزام.

ولن نتصدى للكلام على الوفاء في هذا الفصل، ويعني تنفيذ ذات الالتزام تنفيذاً اختيارياً، لأننا سنتولى بحثه في باب انقضاء الالتزام مسايرة منا لخطة المشرع المدني العراقي، إلا أننا نشير هنا إلى أمر قد لا يتسنى بحثه في باب انقضاء الالتزام هو وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية.

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ١٢

إن مبدأ حسن النية أضحى في القوانين الحديثة قاعدة تحكم أعمال المدين جميعها في الوفاء بالتزامه وأصبح قوام تنفيذ العقود كافة، بعد أن هجرت ما قام به الرومان من تمييز بين طائفتين من العقود هما: العقود الحرفية التنفيذ والعقود التي يكون حسن النية رائدها في التنفيذ(١).

إن حسن النية يعني، أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد أو تجعلها أكثر كلفة دون مبرر. وهو معيار للتنفيذ خيل للكثيرين أنه معيار ذاتي صرف لا ضابط له لأنه يقتضي استقصاء نوايا المدين الباطنة والكشف عن دوافعه النفسية. وبدافع من هذا التصور أقدم المشرع الألماني على استبعاده، وأحل محله معياراً مادياً لا يقتضي الكشف عن دخائل النفس، قضت به المادة ٢٤٢ من تقنينه المدني بقولها: (إن على الملتزم أن ينفذ التزامه طبقاً للأمانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل).

وقد أقر المشرع العراقي هذا المبدأ كأصل يحكم تنفيذ العقود. فنص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). وقد يبدو من النص أن المشرع العراقي قد تمسك بمعيار ذاتي هاجراً المعيار المادي الذي جاء به المشرع الألماني. إلا أننا لا نرى ثمة تعارضاً بين المعيارين. وفي رأينا أنهما متكاملان وأن معيار حسن النية معيار ذاتي ومادي معاً. ذلك لأن القول بأنه معيار ذاتي صرف يقتضي الوقوف عند نية المدين الباطنة وقت التنفيذ وهو أمر يفضي إلى صعوبة الكشف عن النية واستحالة استقصائها أحياناً. ولذلك يستعين القاضي عادة للوصول إليها بمعايير مادية كالعرف وقواعد المهنة ونزاهة التعامل.

وجدير بالذكر، أن مبدأ حسن النية لا يقتصر على تنفيذ الالتزامات العقدية، وإن أشار إليه المشرعون عادة في باب العقد، وإنما هو يعم تنفيذ الالتزامات كافة

---

(١) حلمي بهجت بدوي. أصول الالتزامات ص ٣٧٧.

أياً كانت مصادرها. فمن أوجب عليه القانون الإنفاق على قريب وجب عليه أن ينفذ التزامه بحسن نية، فلا يقتر في الإنفاق أو يعمد إلى استغلال أو تحقير من وجبت عليه نفقته. ومن وعد بجائزة تحتم عليه تنفيذ التزامه بدفعها دون مماطلة.

١١ـ تقسيم البحث

يتضح من كل ما تقدم، إن الالتزام يتضمن عنصرين هما، المديونية والمسئولية، وإن هذين العنصرين يجتمعان في الالتزام المدني دون الالتزام الطبيعي الذي يتخلف فيه عنصر المسئولية. وإن الالتزام إذا ترتب في ذمة شخص وجب عليه الوفاء بذات التزامه بحسن نية، وهذا هو التنفيذ العيني الاختياري. وهو يقابل عنصر المديونية. أما إذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني الاختياري و لم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً، فإنه يجبر على التنفيذ. ويحق للدائن عندئذ الاستعانة بالسلطة العامة واللجوء إلى الطرق المقررة قانوناً لتنفيذ الالتزام جبراً على المدين. ويسمى هذا النوع من التنفيذ بالتنفيذ الجبري. وهو يقابل عنصر المسئولية.

إلا أن التنفيذ الجبري لا يبدو في صورة واحدة. فقد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. وقد يفيد الالتزام بمقابل. والأصل في التنفيذ الجبري، جبر المدين على تنفيذ عين ما التزم به، ويسمى عندئذ بالتنفيذ العيني الجبري، إلا أن ذلك رهن بتوافر شروط معينة. أما إذا لم تتوافر فللدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، أي مطالبة مدينه بدفع تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع عن التنفيذ أو الإخلال به أو التأخر فيه. ويكون المدين بمنجى من جبره على التنفيذ بطريق التعويض إذا أصبح تنفيذ الالتزام الذي ترتب في ذمته مستحيلاً استحالة تنسب إلى سبب أجنبي عنه.

ولما كنا قد عقدنا هذا الفصل للكلام على الصورة الأولى من صورتي التنفيذ الجبري، وهي التنفيذ العيني الجبري، لأن الأصل في الوفاء أن يكون بعين ما التزم به

المدين، فإن تقسيم هذا الفصل سيكون على ضوء ما ينبغي علينا الإحاطة به في نطاق هذا النوع من نوعي التنفيذ الجبري.

والواقع، أن الدائن إذا طلب مدينه بالتنفيذ، وامتنع المدين عن تنفيذ التزامه، أجبر على الوفاء به إذا كان ذلك ممكناً. إلا أن إمكان تنفيذ الالتزام لا يكفي وحده لوقوع التنفيذ العيني الجبري وإنما ينبغي توافر عدد من الشروط تطلبها القانون للحكم على المدين بتنفيذ التزامه عيناً.

ومع ذلك، فقد لا يتسنى إجبار المدين على التنفيذ العيني إجباراً مباشراً بالرغم من توافر هذه الشروط، إذا اقتضى تنفيذ الالتزام أن يقوم به المدين شخصياً، وأصر المدين على عدم التنفيذ، وانطوى الإجبار على تقييد حرية المدين وعدم جدوى. ولذلك لا يكون بد عندئذ من اللجوء إلى وسائل للضغط على إرادة المدين ابتغاء حمله على تنفيذ التزامه.

وعلى العموم، فإن التنفيذ الجبري لا يقع إلا من طريق لجوء الدائن إلى السلطة العامة للاستعانة بها. ذلك لأن إيصال الحقوق إلى أصحابها يعتبر من صميم واجبات الدولة. والتنفيذ الجبري مهمة تلقى على عاتق السلطة العامة لتقوم به تحت إشراف القضاء ورقابته.

وبناء على ما تقدم، يحسن بنا توزيع هذا الفصل على مبحثين. نتكلم في أولهما على شروط التنفيذ العيني الجبري. ونعقد ثانيهما لبيان وسائل الحصول عليه.

المبحث الأول

شروط التنفيذ العيني الجبري

١٢ـ تقسيم المبحث

نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١ـ يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. ٢ـ على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

يتضح من هذا النص، أن المشرع العراقي تطلب شرطين لوقوع التنفيذ العيني الجبري. أولهما، أن يكون التنفيذ العيني ممكناً. وثانيهما، أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين أو يكون فيه ثمة إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

إننا نرى أن الإحاطة علماً باستحقاق التنفيذ العيني الجبري يتطلب الكلام في موضوعين. أولهما، بيان الشروط التي يجب توافرها لتحققه. وثانيهما، معرفة كيفية تحققه عند توافر شروطه.

ولذلك سنوزع هذا المبحث على مطلبين نتكلم فيهما على الموضوعين المشار إليهما.

المطلب الأول

بيان شروط تحقق التنفيذ العيني الجبري

١٣ـ في وسعنا أن نضيف إلى الشرطين اللذين نصت عليهما المادة ٢٤٦ المار ذكرها، شروطاً ثلاثة أخرى[١] . نستخلص أولها من طبيعة عمل القضاء، ونستنتج ثانيها من طبيعة التنفيذ الجبري، ونستنبط ثالثها من نصوص أخرى تضمنها القانون المدني العراقي.

ولذلك، نقول إنه ينبغي توافر خمسة شروط لوقوع التنفيذ العيني الجبري هي: (١) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً (٢) أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، أو يكون فيه إرهاق، ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً (٣) أن يطلب الدائن التنفيذ العيني (٤) أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ (٥) أن يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه غير مشروع. وسنتكلم فيما يلي على هذه الشروط بإيجاز.

١٤ـ الشرط الأول: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

للدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني وللمحكمة أن تقضي به ما دام تنفيذ عين ما التزم به المدين ممكناً. أما إذا استحال تنفيذه فلا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني. وينظر عندئذ إلى سبب الاستحالة. فإن نسبت إلى خطأ المدين تحتم العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض. وإن رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي انقضى التزام المدين وامتنع الرجوع عليه بالتعويض.

وعدم إمكان تنفيذ الالتزام عيناً لاستحالة تنفيذه بخطأ المدين، أمر متصور في جميع أنواع الالتزامات، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود الذي لا يمكن تصور استحالة تنفيذه. ولكن صورة عدم الإمكان تتأثر بعاملين: أولهما طبيعة الالتزام والوسائل المادية لتنفيذه. وثانيهما، ميعاد تنفيذه.

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٣٥.

أما من حيث طبيعة الالتزام، فإن عدم إمكان التنفيذ يبدو في صور شتى تختلف باختلاف محل الالتزام. ففي الالتزام ينقل حق عيني على عقار تبدو الاستحالة في صورة امتناع البائع على تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري. وفي الالتزام بنقل حق عيني على منقول تبدو الاستحالة في صورة إقدام البائع على بيعه لمشتر ثان تسلم المبيع بحسن نية. وفي الالتزام بعمل يكون التنفيذ العيني مستحيلاً إذا اقتضى تنفيذه تدخلا شخصياً من المدين وأصر المدين على الامتناع عن تنفيذه و لم تفلح وسائل الإكراه في قهره. وفي الالتزام بالامتناع عن عمل تتحقق الاستحالة إذا أقدم المدين على القيام بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه، وكان الامتناع مطلوباً في الفترة التي قام خلالها بالعمل.

أما من حيث ميعاد التنفيذ، فإن استحالة تنفيذ الالتزام تتحقق فيما لو تحدد في الاتفاق ميعاد لتنفيذ، وانقضى الميعاد دون أن يتم التنفيذ. إذ لن تظل جدوى من التنفيذ العيني بعد فوات أوانه إلا إذا أقام المدين الدليل على عكس ذلك. أما إذا لم يحدد ميعاد التنفيذ، فإن التنفيذ العيني يكون غير ممكن إذا أقدم الدائن على تحديد ميعاد مناسب للتنفيذ، وأنذر مدينه بأنه لن يقبل الوفاء بعد مضيه، وانقضى الميعاد(١)، إلا إذا أثبت المدين عدم حدوث ضرر لحق الدائن بسببه.

١٥ـ الشرط الثاني: أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق المدين، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

قد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ومع ذلك يجوز للمدين أن يعدل عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض إذا توافر شرطان. أولهما، أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق له وثانيهما، أن لا ينتج عن عدوله عن التنفيذ العيني ضرر يصيب الدائن يعادل أو يفوق في جسامته ما يلحقه.

---

(١) قضت بذلك المادة ٢٥٠ من التقنين الألماني ولا نرى ما يحول دون الأخذ به من قبل القضاء العراقي دونما حاجة إلى الاستناد إلى نص.

أما الإرهاق فقد تجنب المشرع تحديد معناه، وترك أمر تقديره إلى القضاء، والحق أن الإرهاق يعني في رأينا(١) الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني دون أن يعني مجرد الكلفة والضيق. ولذلك لا يدخل في معناه زيادة الكلفة لارتفاع الأسعار أو لزيادة الضرائب. إلا أن الإرهاق لا يكفي وحده لعدول المدين عن التنفيذ العيني، وإنما يجب أن لا يتسبب العدول بسبب الإرهاق في ضرر جسيم يصيب الدائن. ذلك لأن العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل بسبب الإرهاق إذا كان يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أن هذا التطبيق لا ينهض إذا كانت الخسارة التي تصيب الدائن أكثر من الضرر الذي يلحق بالمدين، لأن الدائن ينبغي أن يكون أجدر بالرعاية لأنه لم يتعسف في المطالبة بحقه، ولذلك يجري القضاء على الموازنة بين مصلحتي الدائن والمدين المتعارضين. ويحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ الجبري العيني إذا أمكن تجنب إرهاق المدين بضرر يسير يصيب الدائن. أما إذا قدر القضاء أن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب العدول عن التنفيذ العيني يعادل أو يفوق ما يصيب المدين فأنه يقضي بالتنفيذ العيني.

١٦ـ الشرط الثالث: أن يطلب الدائن التنفيذ العيني

وهو شرط يفهم ضمناً دونما حاجة إلى النص عليه، لأنه يستخلص من طبيعة عمل القضاء. ذلك لأن القضاء لا ينظر في أمر إلا إذا قدم به طلب رفع إليه.

إن التنفيذ العيني الجبري ينبغي أن يتم بناءً على طلب الدائن. فإذا طالب به الدائن وتوافرت شروطه فليس للمدين أن يمتنع عنه أو أن يعرض للتنفيذ بطريق التعويض، وإنما يجبره القضاء عليه. أما إذا لم يطلبه الدائن وإنما طالب بالتعويض وعرض المدين القيام بالتنفيذ العيني حكم بالتنفيذ العيني الاختياري ولا يحق للدائن رفضه. وإذا طالب الدائن بالتعويض فله أن يعدل عنه إلى المطالبة بالتنفيذ

---

(١). وتوافق في ذلك من رأى هذا الرأي. بلانيول وريبيروراد وان. جـ٧. ف ٨٣٩.
أنور سلطان. أحكام الالتزام. ص ٥٢.

العيني بشرط أن يقع العدول قبل صدور الحكم[1]، لأن الأصل في التنفيذ أن يكـــون عينياً. أما إذا طالب الدائن بالتعويض و لم يعرض المدين تنفيذ التزامه عيناً وجب الحكم بالتنفيذ بطريق التعويض، لأن اقتصار الدائن على طلب التعويض وعدم عرض المدين التنفيذ العيني، وضع يفهم منه ضمناً اتفاقهما على الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل[2].

١٧ـ الشرط الرابع: أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ

إن إيصال الحقوق إلى أصحابها، إذا كان يعتبر من صميم واجبات السلطة العامة، فإن ذلك لا يعني حملها على مساعدة كل من يدعي بحق، وتكليفها باستيفاء ما ادعاه من خصمه قهراً. وإنما لا بد من ثبوت الحق ووضوحه بعد تحقيق وتدقيق كي تقوم السلطة العامة بمد يد العون عن طريق الدور الذي تمارسه في التنفيذ الجبري. ويطلق على الوثائق التي تتضمن حقوقاً ثابتة واضحة لا مجال لإنكارها والتي ينبغي على الدائن أن يتزود بها كي لا تتردد السلطة العامة في قهر المدين على تنفيذها اسم سندات التنفيذ وقد حدد قانون التنفيذ هذه السندات. وإلى أحكامه ينبغي الرجوع.

١٨ـ الشرط الخامس: أن يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه غير مشروع.

وهو شرط نستخلصه من نصوص قانوننا المدني التي تدور حول تقابل الالتزامات. ويحق بمقتضاها للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الدائن بتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام. ويعتبر امتناع المدين عن التنفيذ عندئذ امتناعاً مشروعاً لا يجيز للدائن طلب التنفيذ العيني الجبري، على النحو الذي سنفصله فيما بعد.

---

(١) بلانيول وريبير ورادوان. جـ٧. ف ٧٨٣

(٢) السنهوري. الوسيط جـ٢. ص ٧٦٣

المطلب الثاني

كيف يقع التنفيذ العيني الجبري

عند توافر شروطه

١٩ـ السلطة الموكول إليها أمر القيام بالتنفيذ الجبري

يقع التنفيذ الجبري بواسطة السلطة العامة، بإشراف القضاء ومراقبته. والجهة المختصة بالتنفيذ في العراق هي دائرة التنفيذ. ويتم التنفيذ في الغالب من طريق الحجز على أموال المدين. ومهمة دائرة التنفيذ لا تقف عند حدود التنفيذ العيني الجبري، وإنما تتعداه إلى التنفيذ بطريق التعويض. وإذا كانت دائرة التنفيذ هي الجهة الأصلية المناط بها تنفيذ الأحكام، إلا أنه يجوز أن تتمتع دوائر أخرى بسلطة مماثلة. إلا أن ذلك لا يقع إلا بصدور قانون خاص يمنح هذه السلطة لدائرة مختصة في حدود ما تناوله القانون من أمور، ومن الأمثلة على هذه القوانين قانون جباية الديون المستحقة للحكومة الذي منح بعض الدوائر الرسمية سلطات تنفيذية.

ومع ذلك، يجوز أن يقع التنفيذ الجبري دون تدخل من السلطة العامة الممثلة في دائرة التنفيذ أو غيرها. فقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام، على النحو الآتي ذكره وقد تجيز بعض القوانين المدنية، كالقانون المدني المصري وقوع التنفيذ الجبري بحكم القاضي إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام (م ٢١٠ مدني مصري).

ودائرة التنفيذ في العراق، وفقاً لأحكام قانون التنفيذ هي الدائرة الرسمية المختصة في الأصل بتنفيذ سندات التنفيذ، على النحو الذي نص عليه هذا القانون. وإليه نحيل طلبتنا لتفهم مقومات هذه الدائرة وصلاحياتها.

٢٠ـ اختلاف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام

تختلف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام. ومحل الالتزام قد يكون نقل حق عيني، هو حق الملكية أو أي حق عيني آخر، وقد يكون قياماً بعمل، وقد يكون امتناعاً عن عمل.

أما الالتزام بنقل حق عيني، فقد يرد على عقار وقد ينصب على منقول. وهو إذا ورد على منقول، قد ينصب على منقول بالذات أو على منقول معين بالنوع.

وأما الالتزام بعمل، فقد يكون التزاماً بالتسليم، وقد يكون التزاماً بإنجاز عمل معين، وقد يكون التزاماً ببذل عناية. والالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلاً، وقد يبدو التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني.

وسنتكلم فيما يلي على التنفيذ العين الجبري في مختلف صور محله الثمان.

٢١ـ أولاً: الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار

نصت المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم. وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل). وقضت المادة ٥٠٨ بما يأتي: (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

يتضح من هذين النصين ومن نصوص أخرى تحكم التصرفات العقارية في العراق، أن عقد بيع العقار والعقود الأخرى المتعلقة بإنشاء حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تعديله أو زواله، تعتبر من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد تمام تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري. ولذلك فإن الدائن لا يستطيع جبر مدينه على التنفيذ العيني إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بنقل الحق العيني كما لا يستطيع الدائن قهر مدينه على تنفيذ التزامه بتسليم العقار، وهو التزام بعمل، إلا أنه التزام تبعي يتضمنه الالتزام الأصلي بنقل الحق العيني. ذلك لأن العقد في هذه الأحوال لا وجود له قبل استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون في ظل أحكام قانوننا المدني. إلا أن الدائن كمشتري العقار مثلاً، إذا كان لا يستطيع حمل البائع على تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري لتنفيذ التزامه بنقل الحق العيني، إلا أنه يستطيع أن يطالب

بالتعويض طبقاً لنص المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي التي قضت بما يأتي: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط).

٢٢ـ ثانياً: الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات.

لا مجال للكلام على التنفيذ العيني الجبري بالنسبة لهذا النوع من الالتزامات. ذلك لأن هذا الالتزام ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، أي أنه ينفذ بمجرد نشوئه وبقوة القانون، إذا كان محل الالتزام وهو المنقول المعين بالذات مملوكاً للملتزم، وذلك طبقاً لنص المادة ٢٤٧ المار ذكرها في الفقرة السابقة. ولذلك لا يتصور في نطاق هذا الالتزام اللجوء إلى التنفيذ الجبري.

ومع ذلك فإن القاعدة التي نصت عليها هذه المادة، وهي انتقال الحق بمجرد التعاقد، قد تعطلها قاعدة أخرى هي:(الحيازة في المنقول سند الملكية).مع ملاحظة أن الملكية تنتقل إلى المشتري الثاني الذي تسلم المبيع وهو حسن النية بسبب الحيازة(١) وليس بمقتضى العقد، لأن البائع تجرد من الملكية بمقتضى بيعه الأول.

وإذا كان نشوء الحق العيني أو انتقاله، أصلياً كان أو تبعياً، لا يتصور الجبر في تنفيذه عيناً إذا ورد على منقول معين بالذات يملكه الملتزم، إلا أن للتنفيذ الجبري مجالاً بالنسبة للالتزام التبعي الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني، وهو الالتزام بتسليم المنقول المعين بالذات إذا امتنع المدين عن تسليمه. ذلك لأن للدائن الحق في إجبار مدينه على التسليم عن طريق دائرة التنفيذ إذا كان بيده سند تنفيذ. فإن كان المنقول المعين بالذات موجوداً، حق للدائن أن يستصدر حكماً من القضاء بتسليمه إليه. وإن كان غير موجود بسبب إخفائه من قبل المدين أو هلاكه بخطأ المدين، تحول للدائن إلى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض.

---

(١) السنهوري. المرجع السابق. ص ٧٧١

٢٣ـ ثالثاً: الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع وبالمقدار.

إن هذا الالتزام لا يتم تنفيذه ولا ينقل الحق إلا بتعيين المنقول بالذات طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٤٨ من قانوننا المدني بقولها:(إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات). وبالنظر إلى أن تعيينه بالذات يقتضي فرزه، أي عزله من بقية صنفه، سواء اقترن ذلك بتسليمه إلى الدائن أو لم يقترن به، فإن امتناع المدين عن الفرز يحول دون انتقال الحق إلى الدائن ويفسح المجال إلى تنفيذه جبراً عنه.

والحكم عندئذ، أن المدين إذا كانت لديه منقولات من نفس النوع، حق للدائن أن يطلب من المحكمة أن تخوله القيام بتعيين الشيء المستحق له، أو أن تكلف خبيراً بإجراء التعيين. وبتعيين الشيء بالذات يتم انتقال الحق العيني، ويتسلم للدائن الشيء يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم وهو الالتزام التبعي. وغالباً ما يقترن التعيين بالذات بالتسليم. أما إذا تأخر التسليم عن التعيين وامتنع المدين عن تنفيذه، ولم يتضمن حكم المحكمة الأمر بالتسليم، فاللدائن أن يستصدر حكماً ثانياً من المحكمة يلزم المدين بتسليم الشيء، ويودع الحكم لدى دائرة التنفيذ لأخذ الشيء وتسليمه إليه.

أما إذا لم يكن لدى المدين مثليات من نفس النوع، فإن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ تكفلت بحكم هذه الحالة بنصها على ما يأتي: (فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة، أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال. كما أنه يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض).

وبمقتضى هذا النص، يحق للدائن أن يستأذن من المحكمة الحصول على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين: فيقوم الدائن بشرائه ويرجع على المدين بثمن الشيء وبالمصروفات التي أنفقها، وله أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب

تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ويقع الاستئذان في صورة دعوى يقيمها الدائن للحصول على حكم بشراء الشيء وبالرجوع على المدين بما تكبد.

وقد يقوم الدائن بهذا التصرف دون استئذان من المحكمة إذا اعتقد أن انتظار حكم المحكمة يلحق به ضرراً بالغاً. وله بعد شراء الشيء إقامة الدعوى ليرجع بمقتضاها على المدين بما تكبد من خسارة لحقته بسبب الامتناع عن التنفيذ. وللمحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا أثبت لديها حسن تصرفه، أو أن تحكم بمبلغ أقل مما يطلب إذا بان لها تسرعه وسوء تصرفه.

إلا أن الدائن قد يتحول من المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري إلى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض في حالتين. أولاهما، إذا تعذر حصول الدائن على شيء من النوع نفسه. وثانيهما، إذا اتخذ من امتناع المدين على التنفيذ العيني ذريعة للمطالبة بالتنفيذ بمقابل و لم يمانع المدين في ذلك. وفي الحالة الأخيرة لا يقوم التعويض على أساس من استحالة التنفيذ. إنما على اتفاق ضمني بتعويض نقدي يعادل قيمة الشيء. وله أن يطالب في الوقت نفسه بتعويض عن التأخير في التنفيذ.

٢٤ـ رابعاً: الالتزام بنقل حق عيني إذا كان محله مبلغاً من النقود.

يقوم بين الالتزام بنقل ملكية مبلغ من النقود، وبين الالتزام بنقل ملكية أي منقول آخر تعين بالنوع وبالمقدار، أي بنقل ملكية أي مثلي آخر، فارقان، أولهما، أن تعيين النقود بالذات وانتقال ملكيتها لا يتم بالإفراز، كما هو الشأن في غيرها من المثليات وإنما يتم بقبضها. وثانيهما، إن مقدار ما يلتزم المدين بدفعه من النقود قد لا يكون نفس ما تحدد في العقد من مقدار. ذلك لأن بعض القوانين، كقانوننا المدني، تجيز تأثر المقدار بتقلبات قيمة العملة وقت الوفاء.

ويقوم بين الالتزامين من حيث تنفيذهما تنفيذاً عينياً جبرياً فارق جوهر. هو أن التنفيذ العيني الجبري ممكن دائماً إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود. أما إذا كان محل الالتزام غير النقود من المثليات فقد يصار إلى التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ

العيني غير ممكن. وقصارى القول، أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يستحيل تنفيذه أبداً وإنما هو ممكن دائماً. فإن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه مختاراً، أمكن جبره على التنفيذ. وذلك بأن يتقدم الدائن بسند التنفيذ إلى دائرة التنفيذ التي تتولى الحجز على مال المدين وبيعه واقتضاء حق الدائن نقداً من ثمنه.

٢٥ـ خامساً: الالتزام بعمل إذا كان التزاماً بالتسليم.

الالتزام بالتسليم هو نوع من الالتزام بعمل. وهو يبدو في صورتين.فقد يكون التزاماً تبعياً تضمنه الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار أو على منقول معين بالذات أو على منقول معين بالنوع أو على مبلغ من النقود. وقد يكون التزاماً مستقلاً، فيكون التزاماً بعمل منذ نشوئه، كالتزام المستعير أو الوديع برد الشيء.

والأصل أن الالتزام بالتسليم يتم تنفيذه بتسليم المدين الشيء إلى الدائن. فإن لم ينفذ المدين التزامه بالتسليم أجبر على التنفيذ عيناً، بأن يودع الدائن سند التنفيذ لدى دائرة التنفيذ لأخذ الشيء وتسليمه إليه.

ومع ذلك يجب التمييز بين الصورتين. فإن كان الالتزام بالتسليم تبعياً، فإن تنفيذه يكون رهناً بانتقال الحق العيني. فإن استحال انتقال الحق العيني سقط الالتزام بالتسليم ولا مجال عندئذ للكلام على تنفيذه جبراً. كما لو كان محل الالتزام نقل حق عيني ورد على عقار و لم يتم تسجيل العقد، أو كان محله نقل حق عيني ورد على منقول معين بالذات وثبت عدم وجود الشيء عند الوفاء، أو كان محله نقل حق عيني ورد على منقول معين بالنوع وتعذر الحصول على مثله. أما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن انتقال الملكية والتسليم يقعان في وقت واحد لأن ملكية النقود لا تنتقل إلا بالقبض.

وإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً، فإن تنفيذه ينفرد بذاته. وهو يقبل التنفيذ الجبري سواء كان تنفيذاً عينياً أو تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل عند عدم توافر شروطه. فإذا لم ينفذ المستأجر التزامه بتخليه العقار المأجور وتسليمه إلى المؤجر

عند انتهاء مدة العقد، أو لم ينفذ أي من المستعير والوديع التزامه برد الشيء، حق للدائن جبر المدين على التنفيذ العيني بإيداع سند التنفيذ لدى دائرة التنفيذ. وإذا هلك الشيء بخطأ المدين بالتسليم فيصار عندئذ إلى التعويض.

٢٦ـ سادساً: الالتزام بعمل إذا كان التزاماً بإنجاز عمل معين.

ورد حكم هذا النوع من الالتزام في المادتين ٢٤٩و٢٥٠ من القانون المدني العراقي. فقد نصت المادة ٢٤٩ على ما يأتي: (في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين). وقضت المادة ٢٥٠ بما يلي:

(١ـ في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً ٢ـ ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا أذن من المحكمة).

يتضح من هذين النصين اللذين عالجا التنفيذ العيني الجبري للالتزام عندما يكون محله إنجاز عمل معين وحيثما يقوم تنفيذه على تدخل شخصي من قبل اللذين، أنهما ميزا بين حالتين. أولاهما، إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام وكان تدخله الشخصي ضرورياً في تنفيذه. وثانيتهما، إذ كانت شخصية المدين غير ملحوظة في الالتزام ولا يكون تدخله الشخصي ضرورياً في تنفيذه.

أما بالنسبة للحالة الأولى التي أشارت إليها المادة ٢٤٩ والتي يكون التنفيذ العيني للالتزام فيها غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي، فان للدائن الحق في رفض الوفاء من قبل غير المدين، سواء اشترط في الاتفاق أن يقوم المدين بنفسه بالتنفيذ، أو اقتضت طبيعة الالتزام أن تكون شخصيته محل اعتبار لكفاءة أو لصفة فيه، فلا يجوز أن يتم التنفيذ إلا من قبله بالذات كرسام تعهد برسم لوحة فنية، أو مغن تعهد بالغناء في حفلة. لأن مصلحة الدائن لن تتحقق كاملة إذا كلف

المدين شخصاً آخر بالتنفيذ، أو أذن القضاء للدائن بتكليف غير المدين بتنفيذ الالتـــزام المطلوب، وإن امتنع المدين عن التنفيذ العيني عندئذ، كان للدائن الخيار بين اللجوء إلى التهديد المالي، ليطلب من القضاء الضغط على إرادة المدين عن طريق فـــرض غرامـــة تهديدية عليه لحمله على التنفيذ العيني، وبين طلب التنفيذ بمقابل ليطالـــب بتعـــويض نقدي يقدره القضاء. والواقع، أن المدين إذا أصر على عدم التنفيـــذ، فـــإن وســـائل الإكراه لن تكون مجدية، لأن التنفيذ الجبري بمقتضاها لن يتسم بالدقة والإتقان ولأنه ينطوى على تقييد لحرية المدين، وبالتالي فإن الأفضل أن يصار إلى التعويض.

وأما بالنسبة للحالة الثانية التي حكمتها المادة ٢٥٠، وحيث يكون التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين، فإن التنفيذ العيني الجبري يتم فيها من طريق تكليف غير المدين بإنجاز العمل المطلوب على نفقة المدين. كأن يتعهد مقاول ببناء دار أو متعهد نقل بنقل بضاعة ويمتنع أي منهما عن التنفيذ العيني إذ يكلف غيرهما بتنفيذ الالتزام على نفقتهما.

وتقدير ما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين شخصياً أمر متروك للدائن على اعتباره صاحب المصلحة. وهو إذا قدر اكتفاءه بالتنفيذ العيني من قبل غير المدين وعلى نفقة الأخير، وجب عليه اللجوء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الحكم بالتنفيذ العين على نفقة المدين. وسيستجيب القضاء إلى طلبه إذا اقتنع أن التنفيذ العيني ممكن بواسطة الغير.

أما إذا قدر الدائن أن التنفيذ العيني لا يحتمـــل الإبطـــاء، وأن إقامـــة الـــدعوى وصدور الحكم يستغرقان وقتاً يتعرض فيه لضرر جسيم، فله أن يعهد إلى غير المـــدين بإنجاز العمل المطلوب دون إذن المحكمة. ثم يرجع على المدين بمـــا أنفـــق بـــدعوى يقيمها ليطالبه بما بذل من نفقات وما تكبد من ضرر عند ثبوته. وللقاضـــي الحـــق عندئذ في التثبيت من مبررات استعجال الدائن ومن حسن تصرفه. ولـــه أن يحكـــم بما طالب به أو بما هو أقل منه إذا لم يقتنع بسلامة تصـــرفه. فالمســـتأجر مـــثلاً، إذا

تخلف المؤجر عن إجراء الإصلاحات الضرورية في المأجور، أن يستأذن المحكمة للقيام بها على نفقة المؤجر، وإذا صدر الحكم أمكنه الاتفاق مع من يقوم بها ليرجع بعدئذ على المؤجر بما أنفق. وإذا كانت العين المؤجرة تتطلب إصلاحات عاجلة لا تحتمل انتظار صدور الحكم، فللمستأجر أن يبادر إلى التعاقد مع من يقوم بها إذا رفض المؤجر إجراء الإصلاحات، ثم يرجع على المؤجر بعدئذ بدعوى يطالبه فيها بما بذل.

وجدير بالإشارة، أن الدائن إذا كان له الخيار، عندما يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام، بين طلب الضغط على إرادة المدين بوسائل الإكراه وبين طلب التنفيذ بمقابل، فليس للدائن الخيار، إذا كان تدخل المدين غير ضروري بين قبول التنفيذ على نفقة المدين وبين التنفيذ بطريق التعويض. فليس للدائن في الحالة الأخيرة أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا كلفه المدين بالتنفيذ. وليس له أن يطالب بالتنفيذ بمقابل إذا عرض المدين التنفيذ على نفقته. بل وليس له أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض إذا لم يعرض المدين ذلك متى ثبت للمحكمة أن التنفيذ على نفقة المدين أمر ممكن، لأن شرط استحقاق التنفيذ بمقابل هو استحالة التنفيذ العيني.

٢٧ـ سابعاً: الالتزام بعمل إذا كان التزاماً ببذل عناية.

نصت المادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١ ــ في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء وأن يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢ــ ومع ذلك يكون المدين قد وفى الالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شئونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك.

يفهم من هذه المادة بفقرتيها، أن الالتزام بوسيلة، أي ببذل عناية قد يرد على شيء وقد يتعلق بعمل. وهو إذا ورد على شيء، فقد يتطلب من المدين. المحافظة على الشيء فحسب، كالتزام الوديع أو المستأجر أو المستعير بالمحافظة على الوديعة أو المأجور أو الشيء المعار. وقد يقتضي منه إدارته والمحافظة عليه معاً، لأن حسن الإدارة يتضمن بداهة واجب المحافظة، كالتزام المرتهن رهناً حيازياً بإدارة المرهون على نحو يضمن حسن استغلاله (١٣٣٩ / ١ مدني عراقي). أما إذا تعلق الالتزام بعمل فيجب على المدين توخي الحيطة في القيام بالعمل الموكول إليه، كالتزام طبيب بعلاج مريض وكالتزام محام بالدفاع عن مصلحة موكله أمام القضاء.

ويفهم منه أيضاً، أن تنفيذ الالتزام يتم إذا بذل المدين من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وإن هلك الشيء المحفوظ أو أفضت الإدارة إلى خسارة أو أخفق العمل وباء بالفشل و لم يتحقق الغرض المقصود. فالطبيب إذا التزم بعلاج مريض فإنه لا يلتزم بشفائه وإنما يلتزم بتوخي الدقة والأصول الطبية في العلاج، والمحامي إذ يلتزم بالدفاع فإنما هو يلتزم بالإخلاص وبذل العناية المألوفة في الدفاع، والمرتهن رهناً حيازياً لا يلتزم إلا ببذل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد في الحفظ وحسن الاستغلال بصرف النظر عن ثمار مجهوده.

ويفهم منه كذلك، أنه إذا كان الأصل أن يبذل المدين في تنفيذ التزامه العناية التي يبذلها الشخص المعتاد، إلا أن ظروف التعاقد قد تكشف، إذا ورد الالتزام ببذل عناية على شيء، أن المدين أراد في العقد أن يلتزم ببذل العناية التي اعتاد بذلها في شئونه الخاصة، لا العناية التي يبذلها الشخص المعتاد في المحافظة على الشيء أو في إدارته، وأن المتعاقدين قد اتفقا على ذلك. وعندئذ يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل من العناية ما اعتاد بذله في شئونه سواء كانت أكثر أو أقل من عناية الشخص المعتاد.

وجدير بالذكر أن النص العراقي في فقرته الثانية، قد أشار إلى أثر الاتفاق في تحديد قدر العناية الواجب بذلها وفاتته الإشارة إلى أثر القانون في تحديدها، إلا أن نصوص قانوننا المدني الأخرى تؤكد هذا الأثر. فالمادة ٨٥٨ تتطلب من المستعير بذل عناية أكثر من عناية الشخص المعتاد. والمادة ٩٥٢ تجيز للوديع بذل عناية أقل. ويلاحظ أيضاً، أن النص العراقي لم يشر إلى مدى أثر الاتفاق في التخفيف من العناية. ومع ذلك فإن المشرع العراقي تلافى هذا الإغفال في مادة أخرى من مواد تقنيته. فقد نصت من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من قانوننا المدني على ما يأتي:(وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه). وبمقتضى هذا النص لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التعاقدية الناشئة عن غش المدين بالذات أو عن خطئه الجسيم.

وفي ضوء ما تقدم، يسعنا القول، أن المدين إذا لم يبذل العناية التي يتطلبها القانون منه أو يقضي بها الاتفاق، يكون قد تسبب بخطئه في استحالة تنفيذ الالتزام. وعندئـــذ لا يتصور اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري للالتزام لأن تنفيذه لم يعد ممكناً، وإنما يصار إلى التنفيذ بمقابل.

٢٨ـ ثامناً: الالتزام بالامتناع عن عمل.

نصت المادة ٢٥٢ من قانوننا المدني على حكم هذا الالتزام. فقضت بما يأتي: (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، مع التعويض إن كان له محل).

ومفاد هذا النص، أن المدين بالالتزام بالامتناع عن عمل، أيـــاً كـــان مصـــدره عقداً أو نصاً قانونياً أو غيرهما، يظل منفذاً التزامه ما ظل ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به. فإن أقدم عليه يكون في كثير من الحالات قد تسبب بخطئــه

في استحالة تنفيذه، ويستحيل اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري عندئذ، وإنما يصار إلى التنفيذ بطريق التعويض. وتفصيل أحكام هذه الحالات يقتضينا التمييز بين عدد منها. فمخالفة الالتزام قد تقبل الإزالة، وقد لا تقبلها. وإذا كانت غير قابلة للإزالة، فإن الالتزام الذي لا تقبل مخالفته الإزالة قد لا تتكرر مخالفته وقد تكون مخالفته قابلة للتكرر.

فإذا كانت المخالفة تقبل الإزالة، كأن يتعهد جار بعدم إقامة جدار يحجب النور ويصد الهواء عن جاره، ثم أقامه، فالدائن أن يطلب التنفيذ العيني الجبري بمطالبة مدينه بإزالة المخالفة. وإذا امتنع المدين عن إزالتها حق للدائن اللجوء إلى القضاء ليستصدر حكماً بإزالة المخالفة،أو حكماً بالترخيص له بإزالتها على نفقة المدين. فإن صدر الحكم الأول أودعه دائرة التنفيذ. وإن صدر الحكم الثاني كلف غير المدين بإزالتها ورجع بعدئذ على المدين بدعوى يطالبه فيها بما أنفق. وعلى المحكمة أن تجيبه إلى طلبه التنفيذ العيني الجبري، لأنه من حقه ما دام ممكناً، دون أن تحكم بالتنفيذ بطريق التعويض، إلا إذا قدرت المحكمة أن إزالة المخالفة تنطوي على إرهاق المدين وأن الاقتصار على التعويض لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة٢٤٦ المار ذكرها وجدير بالذكر أنه لا يجوز للمدين أن يعمد إلى إزالة المخالفة بنفسه أو بتكليف غيره بإزالتها دون استصدار حكم من المحكمة حتى في حالة الاستعجال، خلافاً لما هو الحكم في التنفيذ العيني الجبري للالتزام بإنجاز عمل معين. وذلك لما ينطوي عليه هذا المسلك للدائن من عنت وإرهاق للمدين، وإذا كانت إزالة المخالفة لا تكفي وحدها لإزالة الضرر الذي أصاب الدائن، فله أن يطالب بالتعويض إضافة إلى طلب التنفيذ العيني الجبري، وعلى المحكمة أن تحكم له بذلك إذا كان التعويض مبرراً.

أما إذا كانت المخالفة لا تقبل الإزالة وكان الالتزام مما لا تتكرر مخالفته، كأن يفشي طبيب أو محام سر المهنة، فإن التنفيذ العيني يصبح عندئذ غير ممكن ويصار إلى التعويض.

وفي حالة ما إذا كانت المخالفة لا تقبل الإزالة،وكان الالتزام مما تكون مخالفته قابلة للتكرر، كالتزام المغني بعدم الغناء في غير صالة معينة وكالتزام بائع المتجر بعدم فتح متجر منافس لما باع، فإن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً بخطأ المدين بالنسبة للماضي.أما بالنسبة للمستقبل،لأن الالتزام بالامتناع عن عمل سيعود من جديد،فإن التنفيذ العيني الجبري يكون ممكناً، وذلك عن طريق اللجوء إلى وسائل الضغط على إرادة المدين لحمله على التنفيذ العيني، أي على عدم تكرار المخالفة.

المبحث الثاني
وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري

٢٩ـ تمهيد وتعريف بأنواعها

وضح مما سبق بيانه، أن التنفيذ العيني الجبري يقع بطرق شتى. فقد يقع بحكم القانون. وقد يقوم به الدائن على نفقة المدين. وقد تتولاه السلطة العامة ممثلة في دائرة التنفيذ، كأصل في العراق.

إلا أن التنفيذ العيني قد يقتضي تدخلاً شخصياً من المدين في تنفيذ التزامه، ولكن المدين يمتنع عن التنفيذ وهو قادر عليه. لذلك تتطلب الحاجة اللجوء إلى وسائل إكراه يحمل عن طريقها المدين المتعنت على التنفيذ العيني، قبل اليأس من هذا التنفيذ والصيرورة إلى الحكم عليه بالتعويض.

وتبرز في نظر القانون وسيلتا إكراه للضغط على إرادة المدين الممتنع عن التنفيذ أولاهما، بدنية، وتعرف باسم الإكراه البدني. وثانيهما مالية، وتسمى بالإكراه المالي أو التهديد المالي، ويطلق القانون المدني العراقي اسم الغرامة التهديدية عليها. وسنتكلم عن هاتين الوسيلتين في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول
الإكراه البدني

٣٠ـ تطور النظرة إلى الإكراه البدني وتحديد مجاله في القانون المقارن

يعتبر الإكراه البدني وسيلة الوفاء المباشر إذا عد جسم المدين ضامناً لالتزامه. ويعتبر وسيلة إرهاب يضغط بها على إرادة المدين لحمله على الوفاء إذا عدت ذمة المدين المالية هي الضمان العام للوفاء بالتزاماته. وإذا كانت الفكرة الأولى هي طابع القوانين القديمة. إلا أنها أضحت في القوانين الحديثة فكرة بالية بعد أن تغيرت النظرة إلى الالتزام، ليصبح بمقتضاها منصباً على ذمة المدين المالية، ولتصبح أموال المدين هي الضامنة لوفاء ديونه، ولينقلب جزاء الإخلال بالالتزام من عقوبة إلى تعويض. ولذلك أضحى الإكراه البدني وسيلة إرهاب وليس وسيلة وفاء مباشر.

غير أن هذا التغير في الفكرة لم يقع دفعة وإنما مر بمراحل تطور. فقد نظر القانون الروماني في أول عهوده إلى الالتزام نظرة شخصية صرف. ورأى أن المدين يلتزم في جسمه لا في ماله. ومنح الدائن سلطة على جسم مدينه تبيح له التصرف فيه، من قتل ورهن وبيع. ثم تطور في عهود تالية. فأجاز للدائن حق حبس مدينه وإجباره على العمل لمصلحته. ثم تلطفت نظرته إلى الالتزام في عهوده الأخيرة ليصبح الالتزام منصباً على مال المدين لا على جسمه، وليصبح للدائن حق التنفيذ على مال مدينه فقط.

وقد ورث القانون الفرنسي القديم من القانون الروماني المذهب الشخصي في النظر إلى الالتزام وأقر فكرة حبس المدين بسبب الدين. وانتقلت الفكرة منه إلى التقنين المدني الفرنسي الذي أجاز الحبس في الديون المدنية المتسمة بالغش، وفي الديون التجارية إذا تجاوزت مبلغاً حدده القانون. وفي المواد الجنائية.(١) ثم صدر قانون فرنسي سنة ١٨٦٧ ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدني في المسائل المدنية والتجارية ولكنه استبقاه في المسائل الجنائية فأجاز حبس المدين بسبب الغرامة والمصاريف والتعويضات.

---

(١) السنهوري. المرجع السابق. ص ٨٠١ ومرجعه كولان وكابيتان وموراندير ج-٢. ف ٣٠٧.

ولم يتقبل القانون المدني المصري فكرة الإكراه البدني لمجافاتها للمبادئ الحديثة والنظرة المعاصرة إلى الالتزام التي ترى أن أموال المدين لا شخصه هي الضامنة. ومع ذلك فإن الإكراه في المسائل المدنية والتجارية، إلا أن له مجال في بعض المسائل الشرعية والجنائية[1].

وجدي بالذكر، أن حبس المدين بسبب الدين له مجال في ظل الشريعة الإسلامية. إلا أن مجاله يتأثر بوضع المدين المالي. فإذا كان المدين معمراً وجب العمل بمقتضى الآية الكريمة،(وإن كان ذا عسرة فنظرة إلى ميسرة). أي أنه لا يجوز حبس المدين بسبب الدين إذا كان معسراً، وإنما يجب الانتظار حتى ينفرج عسره ويتحسن وضعه المالي. أما إذا كان المدين موسراً فينبغي العمل بمقتضى الحديثين الشريفين: (لي الواجد ظلم يبيح عرضه وعقوبته) و(مطل الغني ظلم). ومفادهما أن مماطلة المدين الموسر تعتبر ظلماً لدائنه تبيح الشدة في مؤاخذته وفرض العقوبة عليه في صورة حبس. ويرى جمهور الفقهاء المسلمين أن عبء إثبات يسر المدين يقع على عاتق الدائن.

٣١ـ الإكراه البدني في القانون العراقي

وقف القانون المدني العراقي موقف التقنين المدني المصري حيال الإكراه البدني. فلم يأخذ به لمجافاته للمبادئ المعاصرة في النظرة إلى الالتزام، حتى على اعتباره وسيلة للضغط على إرادة المدين القادر على الوفاء.

ومع ذلك، إذا كان القانون المدني قد وقف هذا الموقف وأغفل النص عليه، إلا أن ثمة مجالاً للإكراه البدني نجده وفق أحكام قانون التنفيذ. وإليه ينبغي الرجوع للوقوف على هذه الحالات التي تنبسط على جملة من المسائل الشرعية والمدنية والتجارية وبعض المسائل الجنائية، ويجوز فيها حبس المدين لجبره على الوفاء بسندات التنفيذ.

---

(١) أنور سلطان. أحكام الالتزام. ص ٦٢

المطلب الثاني

التهديد المالي أو الغرامة التهديدية

٣٢ـ التعريف به ومدى الأخذ به في القوانين المدنية

التهديد أو الإكراه المالي وسيلة ضغط على إرادة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه لحمله على تنفيذه. وهو وسيلة خلقها القضاء الفرنسي بالرغم من انعدام النص عليه في القانون المدني مستنداً فيما فعل إلى قانون المرافعات الفرنسي. ثم نص عليه التقنين المدني المصري الجديد، واقتدى به القانون المدني العراقي، وأطلقا عليه اسم الغرامة التهديدية بعد أن كان يعرف بالتهديد المالي.

فنصت المادة ٢٥٣ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، وامتنع المدين عن التنفيذ، جاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن بقي ممتنعاً عن ذلك). وقضت المادة ٢٥٤ بما يأتي: (إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين).

يتضح من هذين النصين أن للمحكمة بناء على طلب الدائن وعند توافر شروط معينة، أن تصدر قراراً بإلزام المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه خلال مدة معينة تحددها، وبدفع مبلغ معين إذا فاتت تلك المدة عن كل مرة يخل فيها بالتزامه أو عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ، حتى يتم التنفيذ العيني أو حتى يثبت إصرار المدين عن الامتناع عنه. وعندئذ يرجع الدائن إلى المحكمة لتحكم له، بصرف النظر عما تراكم من غرامة تهديدية، بالتعويض الحقيقي الذي يستحقه والذي يغطي ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب، آخذة في حكمها مدى التعنت الذي بدا

من المدين بعين الاعتبار. وقد يسوقها تعنت المدين، أي التمادي في الإصرار على الامتناع عن التنفيذ، إلى أن يكون قدر ما تحكم به من تعويض أكثر مما كانت تحكم به لو كان حكمها غير مسبوق بغرامة تهديدية.

ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يورد نصاً يماثل في حكمه ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من القانون المدني المصري التي قضت بما يأتي: (وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة). ومع ذلك، فإننا نرى أنه لا مانع من أخذ القضاء العراقي بهذا الحكم بالرغم من عدم النص عليه في قانوننا المدني، لأن طبيعة الغرامة بما تنطوي عليه من تهديد تجيزه.

٣٣ـ شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يشترط الحكم على المدين بغرامة تهديدية توافر الشروط الثلاثة الآتية:

أولاًـ أن يطلب الدائن من المحكمة فرض هذه الغرامة. فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها. يؤكد ذلك نص المادة ٢٥٣ من قانوننا المدني التي جاء فيها: (جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن).

ثانياًـ أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً. وهو شرط يجيء تعبيراً عما هو مفهوم ضمناً. إذ لا يتصور اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزام ترتب في ذمته وكان تنفيذه ممكناً. أما إذا بادر المدين إلى التنفيذ عند صدور الحكم عليه بالتنفيذ العيني خلال مدة تحددها المحكمة، أو قام بالتنفيذ قبل انقضائها، فلن يحكم عليه بالغرامة في الحالة الأولى ولن يسري عليه الحكم بها في الحالة الثانية. وإذا لم يعد تنفيذ الالتزام ممكناً، بسبب هلاك الشيء المطلوب تسليمه مثلاً، فلا فائدة ولا مبرر للحكم بها، وإنما يصار عندئذ إلى الحكم بالتعويض.

ثالثاًـ أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه. إذ ينبغي الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون تدخل المدين ضرورياً، أو في الأقل مفيداً، لتحقق التنفيذ العيني. أما إذا لم يكن تدخله كذلك، كأن يكون في وسع المدين الحصول على التنفيذ العيني على نفقة المدين أو كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة إلى اللجوء إلى الغرامة التهديدية.

وتكون شخصية المدين محل اعتبار ويكو تدخله ضرورياً أو مفيداً في جملة من الالتزامات. كالتزام بتقديم حساب أو مستندات، والالتزام بعمل كتعهد نحات بنحت تمثال، والالتزام بامتناع عن عمل كتعهد ممثل بعدم الاشتراك في تمثيل مسرحية معينة.

ومع ذلك، قد لا يصبح اللجوء إلى الغرامة التهديدية بالرغم من أن تدخل المدين يبدو ضرورياً أو مفيداً إذا انطوى الإكراه المالي على المساس بحرية المدين في نتاج فكره[1] . فلو تعهد رسام برسم صورة، أو شاعر بنظم قصيدة أو مؤلف بوضع كتاب، فإن الإكراه المالي لن يحقق الغرض منه إذا أعوز أياً منهم عنصر الإلهام لتنفيذ التزامه. بل وقد لا يحكم على أي منهم بالغرامة التهديدية وإن أنجز ما تعهده به ولكنه امتنع عن تسليمه بحجة أن ما أنتجه ليس جديراً بالعرض أو النشر واقتنعت المحكمة بذلك.

٣٤ـ مجال الحكم بالغرامة التهديدية

يتفاوت مجال الحكم بهذه الغرامة تبعاً لصور محل الالتزام. فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني، يرد على عقار وانعقد بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري أو يرد على منقول معين بالذات أو كان محله مبلغاً من النقود، فلا مجال للتهديد المالي عندئذ. لأن الحق العيني ينقل بحكم القانون بناء على العقد المسجل في الحالة

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٧١

الأولى. ويتم تنفيذ الالتزام بحكم القانون لحظة نشوء العقد في الحالة الثانية. ويقع التنفيذ العيني عن طريق الحجز على أموال المدين في الحالة الثالثة.

أما إذا كان محل الالتزام نقل عيني يرد على منقول معين بالنوع، فالأصل عندئذ عدم اللجوء إلى التهديد المالي. لإمكان الحصول على التنفيذ العيني على نفقة المدين. ومع ذلك يجوز اللجوء إليه في حالات قليلة. كأن يكون الشيء نادر الوجود ويحمل المدين على البحث عنه والعثور عليه عن طريق الحكم به.

أما إذا كان محل الالتزام قياماً بعمل، فإن مجال التهديد المالي يتسع عندئذ بحيث يصح القول أنه المجال الطبيعي لتوقيع الغرامة التهديدية متى كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم دون تدخل المدين، إلا إذا انطوى التهديد المالي على المساس بحرية المدين في نتاج فكره. ولذلك يجوز الحكم بالغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين وحمله على تنفيذ التزامه بعمل أياً كان مصدر هذا الالتزام. كالتزام طبيب بإجراء عملية جراحية أو التزام ممثل بالتمثيل في فلم سينمائي أو التزام وكيل بتقديم حساب أو التزام شخص بتسليم شيء معين بذاته أو بنوعه أو التزام شركات الاحتكار كشركات الماء والكهرباء بتقديم خدماتها للجمهور.

٣٥ـ خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالخصائص الآتية:

أولاًـ أنه تحكمي: ويقصد بذلك، أن الغرامة التي يحكم بها لا تقاس بمقياس الضرر ولا علاقة لها به. فيجوز أن يتجاوز مقدارها بكثير قدر الضرر الذي لحق الدائن. ويجوز أن يحكم بها دون أن يصيب الدائن ضرر ما. ذلك لأن الغرض منها ليس تعويض الدائن عما لحقه من ضرر وإنما هو الضغط على إرادة المدين الممتنع عن التنفيذ والتغلب على تعنّته.

ثانياًـ أنه تهديدي: ويعني ذلك، أن هذا الحكم لا يعتبر من سندات التنفيذ التي تخول الدائن التنفيذ في أموال مدينه، وأن الغرامة التهديدية لا تعتبر حقاً للدائن

ولا ديناً محققاً في ذمة المدين. ولذلك لا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الحكم بها، ولا يجبر المدين على عرض مبلغها عرضاً حقيقياً. وإنما على الدائن أن ينتظر حتى ينكشف موقف المدين بقيامه بالتنفيذ أو بتماديه في الإصرار، أو تثبت استحالة التنفيذ، ليرجع إلى المحكمة للقيام بالتصفية التي يتعلق عليها مصير الغرامة. وإذا صدر الحكم بتصفيتها في ضوء مسلك المدين، كأن يكون حكماً بالتعويض عن الامتناع عن التنفيذ أو عن التأخير فيه، كان هذا الحكم هو سند التنفيذ الذي ينفذ المدين بمقتضاه في أموال مدينه.

ثالثاً- أنه حكم وقتي: ومفاد ذلك، أن الحكم يظل غير مبتوت فيه حتى يصير إلى التصفية في ضوء الموقف النهائي للمدين. فإذا اتخذ المدين موقفه النهائي، سواء بالتنفيذ أو أصر على الرفض، انتفى سبب وجود هذا الحكم وأعاد القاضي النظر فيه ليحسم الدعوى وليقدر التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن، آخذاً بعين الاعتبار درجة تعنت المدين، غاضاً النظر عما تراكم من الغرامة التهديدية المحكوم بها.

رابعاً- أن الغرامة التهديدية التي يحكم بها لا تقدر جزافاً دفعة واحدة. وإنما يجري تقديرها عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين في تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، كي يتحقق الغرض المنشود منها. ذلك لأن المدين سيشعر عندئذ بمغبة تأخره في التنفيذ ما دام يدرك أن مبلغها سيزداد كلما زاد عناده وامتد امتناعه على نحو قد يوقفه عند حده.

خامساً- أنه وسيلة غير مباشرة للحصول على التنفيذ العيني. والمقصود بذلك، أن الغرامة ليست غاية الحكم، وإنما هي وسيلة لإكراه المدين عن التنفيذ، شأنها شأن الإكراه البدني. ولذلك يجب أن يصدر الحكم بلزوم التنفيذ العيني، وبتحديد أجل لا يجوز تأخر التنفيذ بعده، وبتحديد الغرامة وسريانها إذا تمادى المدين في امتناعه بعد فوات الأجل.

٣٦ـ طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية لا تعتبر تعويضاً، ولا تعد عقوبة خاصة:

أما أنها لا تعتبر تعويضاً فلأن الحكم بها يختلف عن الحكم بالتعويض في أمور ثلاثة.

أولها، اختلافهما من حيث الغرض. ذلك لأن غرض التعويض هو إصلاح الضرر، أما غرض الغرامة فهو إكراه المدين على التنفيذ العيني.

ثانيها، اختلافهما من حيث تقدير المبلغ المحكوم به. ذلك لأن التعويض يهدف إلى تغطية الخسارة اللاحقة والربح الفائت، وهما عنصرا الضرر المادي الذي يجب التعويض عنده، ولا تناسب بين مبلغ الغرامة التهديدية وبين قدر الضرر المتحقق من تعنت المدين. ومبلغ الغرامة في العادة يفوق قدر الضرر وقد يحكم بها بصرف النظر عن عدم وجوده. ثالثها، ينبغي على القاضي تسبيب حكمه بالتعويض، ولا محل لتسبيب حكمه بالغرامة التهديدية.

وأما أن الغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة، فلأن العقوبة يجب تنفيذها كما نطقت بها المحكمة. أما الحكم بالغرامة التهديدية فحكم وقتي لا يجوز تنفيذه، وما ينفذ في نطاق دعواها هو الحكم النهائي بالتعويض بعد التعرف على الموقف النهائي للمدين. وإذا كان على القاضي اعتبار مدى تعنت المدين عنصراً من عناصر التعويض الذي يحكم به عند تصفية الموقف وإلا تعرض حكمه للنقض من قبل محكمة التمييز إذا قرر فيه أن يقتصر على التعويض ما أصاب الدائن من ضرر فقط، إلا أن ذلك ينبغي أن لا يحمل على محمل العقوبة. وإنما يجب رده إلى اعتبار تعنت المدين أمراً يزيد في جسامة خطئه، وأن تجاهل المدين حكم القاضي بالتنفيذ العيني وبالغرامة التهديدية يعتبر عنصراً يدخل في تقدير التعويض عن الخطأ الجسيم(١) .

٣٧ـ القيمة العملية للحكم بالغرامة التهديدية

وضح مما سبق بيانه، أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم تهديدي وقتي وأن مصيره إلى التصفية. وأن على القاضي أن يعيد النظر فيما تراكم منها لإنقاصه أو لإلغائه عند

(١) أنور سلطان. المرجع السابق. ص ٧١

إصدار الحكم النهائي بالتعويض بعد التثبت من موقف المدين. وقد يبدو من ذلك أن الغرامة التهديدية لا قيمة ولا جدوى منها في إرهاب المدين ما دام أنه يعلم سلفاً أن مصيرها إلى التصفية. وبدافع من هذا الظن حاول القضاء الفرنسي إضفاء القيمة العملية عليها بمنح الدائن حق التنفيذ بها على أموال مدينه على أن يرد الفرق بين مبلغها وبين ما سيحكم عليه من تعويض[١] . إلا أن هذه المحاولة كتب لها الفشل و لم تصادف قبولاً من محكمة النقض الفرنسية لأن الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً ومحدداً في ذمة المحكوم عليه بها كي يجوز التنفيذ بها على أموال المدين.

وبسبب فشل هذه المحاولة وبتأثير من الشعور بعجز الغرامة التهديدية عن تحقيق الغرض منها، تلافت القوانين الحديثة قصور نظام الغرامة التهديدية وأسبغت عليها القيمة العملية. فقضت المادة ٢٥٤ من قانوننا المدني بأن على القاضي أن يراعي في تحديد مقدار التعويض النهائي عنصرين. أولهما، الضرر الذي أصاب الدائن.
وثانيهما، التعنّت الذي بدا من المدين. ومفاد ذلك، أن على القاضي أن يدخل في تقدير التعويض النهائي عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، عنصراً أدبياً يضاف إلى عنصر الضرر، يراد منه مجازاة المدين الممتنع عن التنفيذ والمتطاول على القضاء بإصراره على تجاهل حكمه بالغرامة التهديدية. وعلى القاضي أن يشير في حكمه بالتعويض إلى هذين العنصرين وإلا تعرض حكمه للنقض من قبل محكمة التمييز لمخالفته للقانون. وبسبب ذلك يكون مقدار التعويض النهائي أكثر من قدره لو صدر الحكم بالتعويض غير مسبوق بالحكم بغرامة تهديدية.

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق ص ٦٩ نقلاً عن فريجافيل

الفصل الثاني
التنفيذ بمُقَابل أو التعويض

٣٨ـ تعريفه

في وسعنا أن نعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات.

٣٩ـ حالاته

يحق للدائن اقتضاء التنفيذ بطريق التعويض عند توافر شروط معينة، في حالات نجمعها فيما يأتي:

أولاًـ إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين. وإلى ذلك أشارت المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي بقولها: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

واستحالة التنفيذ أمر متصور في جميع أنواع الالتزام، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود ففيه لا يستعصي التنفيذ العيني أبداً.

ثانياًـ إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي، كأن يكون تدخله ضرورياً أو ملائماً، وامتنع عن التنفيذ وفشل الحكم عليه بالغرامة التهديدية، في كسر عناده وإكراهه على التنفيذ.

ثالثاًـ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكنه مرهق للمدين، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن، لأن عدم التنفيذ العيني لا ينطوي على ضرر جسيم يصيبه.
رابعاًـ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين الشخصي، ولكن الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به.

٤٠ـ أنواعه

يبدو التعويض على نوعين: أولهما، التعويض عن عدم التنفيذ. وثانيهما، التعويض عن التأخير في التنفيذ. وتبدو القواعد التي تحكمها واحدة لولا قيام الفارقين الآتيين بينهما:

أولهما: يحل التعويض عن عدم التنفيذ عند توافر شروطه محل التنفيذ العيني ولا يمكن الجمع بينهما لأن الدائن سيتقاضى حقه مرتين وقتئذ. أما الجمع بين التعويض عن التأخير في التنفيذ وبين التنفيذ العيني فأمر جائز إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وتحققت شروط الحكم بالتعويض.

وثانيهما: أن إعذار المدين يعتبر إجراء لا بد منه للحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ. ولا ضرورة لإعذار المدين في بعض حالات التعويض عن عدم التنفيذ. وهو فارق سنلم به بتفصيل فيما بعد.

إلا أن من الجدير بالذكر، أن تعذر اجتماع التعويض عن عدم التنفيذ والتنفيذ العيني إنما يكون في الحالات التي يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني كاملاً. أما إذا نفذ المدين بعض التزاماته وامتنع عن تنفيذ البعض الآخر، حل التعويض عن عدم التنفيذ محل عدم التنفيذ الجزئي للالتزام وجاز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني الجزئي للالتزام.

كما يجوز الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ وبين التعويض عن التأخير في التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلاً بتنفيذ ما تعهد به. لأن الأول يقوم مقام التنفيذ العيني عند استحالته. ويكون الثاني تعويضاً عن عدم التنفيذ الجزئي لأن التنفيذ العيني لا يكون كاملاً إلا إذا تم في ميعاده.

٤١ـ تقسيم البحث

إذا كنا قد تكلمنا على بعض القواعد العامة للتنفيذ بطريق التعويض، فإن علينا للإلمام ببقية قواعده، أن نبحث في أمرين: أولهما، شروط استحقاقه، وثانيهما، القواعد الخاصة بكيفية تقديره. وسنعقد للبحث في هذين الأمرين المبحثين الآتيين.

المبحث الأول
شروط استحقاق التعويض

٤٢ـ نصوص تشريعية

نص القانون المدني العراقي على شروط استحقاق التنفيذ بطريق التعويض في عدد من المواد تناثرت في فصول التقنين نشير إلى بعضها.

فقد قضت المادة ١٦٨ بما يأتي: (إذا استحال على الملتزم بالعقد، أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وكذلك يكون الحكم إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٨٦ على ما يأتي: (إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته، مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً إذا كان في إحداث هذا الضرر قد تعمد أو تعدى).

وجاء في المادة ٢٥٥ ما يأتي: (ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون).

واشترطت المادة ٢٥٦ لاستحقاق التعويض ما يلي: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص القانون على غير ذلك).

وورد في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ ما يأتي: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة).

كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة نفسها ما يلي: (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع).

٤٣ـ شروط استحقاق التنفيذ بطريق التعويض

يفهم من النصوص المتقدم ذكرها، أن شروط استحقاق التنفيذ بطريق التعويض ثلاثة. أولها، الإعذار. وثانيهما، توافر أركان المسئولية المدنية، عقدية أو تقصيرية. أما ثالثها، فهو عدم الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التعاقدية. ولما كنا قد تكلمنا على كل أركان المسئولية المدنية وعدم الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية في الجزء الذي أفردناه لمصادر الالتزام، فحسبنا أن نبحث هنا في الإعذار وحده. وسنوزع بحثنا على مطلبين نتناول في أولهما التعريف به. ونتكلم في ثانيهما على آثاره.

المطلب الأول

التعريف بالإعذار ومدى ضرورته

٤٤ـ معنى الإعذار والحكمة من اشتراطه

يعرف الإعذار بأنه: دعوة المدين من قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه، ووضعه قانوناً في حالة التأخر في التنفيذ تأخراً تترتب عليه مسئولية عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر.

ويشترط الإعذار لاعتبارين: أولهما قانوني: ومفاده، أن مجرد تأخر المدين في التنفيذ لا يكفي لاعتباره مقصراً، وأن حلول أجل الوفاء يعني أن المدين أضحى مستحق الأداء دون أن يعني تضرر المدين من التأخير في التنفيذ. فإذا حل الأجل ولم يطالب الدائن بالتنفيذ فإن سكوته يحمل على محمل التسامح والرضا الضمني بعد أجل الوفاء. ولنفي هذه القرينة يجب على الدائن أن يفصح عن رغبته الجدية

في اقتضاء حقه في أجله وأن يبلغ مدينه بعدم تسامحه إزاء تأخره في التنفيذ والإفصاح عن رغبة الدائن هذه، ودعوة المدين إلى التنفيذ، يتم بإجراء اصطلح قانوناً على تسميته بالإعذار.

وثاني هذين الاعتبارين، اعتبار أخلاقي. ومفاده، أن تنبيه المدين إلى تقصيره ودعوته إلى وجوب تنفيذ التزامه، إجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري وما ينطوي عليه من إجراءات قد تمس كرامته وسمعته. فلعل المدين قد ركن إلى تساهل الدائن وإلى افتراض عدم تضرره من التأخر في التنفيذ، فلم يبادر إلى الوفاء بالتزامه عند حلول أجله. وفي الإعذار قطع لدابر ادعاء المدين باستعداده للتنفيذ لو طلب الدائن منه ذلك.

٤٥ـ مدى التمسك بالإعذار كشرط لثبوت التقصير في القوانين المدنية

أن فكرة الإعذار فكرة رومانية المنشأ. تلقفها عنه القانون الفرنسي واقتبسها منه كل من القانون المدني المصري القديم والجديد(١) والقانون المدني الإيطالي. ويشترط الإعذار في هذه القوانين كإجراء ينبغي استيفاؤه في التنفيذ الجبري بنوعيه، التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل.

إلا أن معظم القوانين الحديثة أخذت تتخلى عن الإعذار، كقوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ومنها القانون البرتغالي والتونسي والمراكشي. وفيها يعتبر حلول الأجل كافياً وحده لإشعار المدين بوجوب التنفيذ. ويعتبر المدين مسئولاً عن التعويض عند انقضاء الأجل المحدد لتنفيذ الالتزام دون إعذار.

أما القانون المدني العراقي فقد وقف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين. فهو لم يتطلبه في التنفيذ الجبري بنوعيه، ولم يتخل عنه ليعتبر مجرد حلول الأجل كافياً لتنبه المدين إلى وجوب التنفيذ، ولكنه ضيق من نطاقه. فقد تطلبه في التنفيذ بطريق التعويض لاسيما إذا كان تعويضاً عن التأخر في تنفيذ الالتزام دون أن يشترطه في التنفيذ العيني الجبري.

---

(١) السنهوري. المرجع السابق. ص ٨٣١. ديموج ج ـ٦. ص ٢٣٧.

٤٦ـ كيف يقع الإعذار

نصت المادة ٢٥٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (يكون إعذار المدين بإنذاره ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار.

وبمقتضى هذا النص يتم الإعذار في ظل قانوننا في إحدى صور ثلاث:

أولاًـ يكون إعذار المدين بإنذاره. ووقوعه في هذه الصورة هي القاعدة العامة في الإعذار. والإنذار ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه من مدينه. ويسمى الإنذار في العراق بالتبليغ ويتم بواسطة الكتاب العدل، وتتم إجراءات التبليغ طبقاً لما يحدده قانون المرافعات.

ثانياًـ ويجوز أن يتم بأي طلب كتابي آخر. فيقع في صورة ورقة رسمية أو في صورة أي طلب كتابي آخر لا يرد في ورقة رسمية، كبرقية أو رسالة مسجلة أو رسالة عادية. إلا أن الرسالة العادية تثير عندئذ مشكلة إثبات، تتعلق بإثبات واقعة تسلمها من قبل المدين وإثبات محتواها.

ثالثاًـ ويجوز أن يقع في أية صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين. فيجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل. ويجوز من باب أولى الاتفاق على تمامه في أية صورة دون التقيد بشكل معين، كأن يتم بإخطار شفوي وليس بطلب كتابي. ولكن الإخطار يثير عندئذ مشكلة إثباته.

فإذا وقع نزاع بشأنه وجب على المدين إثبات حصوله طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وقد يقع هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً لأن النص لم يشترط الاتفاق الصريح، ولكنه يجب أن يكون قاطعاً في دلالته على قصد الطرفين.

أما إذا احتمل الشك، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين ولا يعفى الدائن من إعذار مدينه عندئذ. ويصح هذا الاتفاق في المسائل المدنية والتجارية على السواء، على أن

تراعى في المسائل التجارية، في الاتفاق على وقوع الإعذار بورقة غير رسمية أو بإخطار شفوي مقتضيات العرف التجاري. ويترتب على مجاراة العرف التجاري دون اتفـــاق ما يترتب على الاتفاق من تحديد لصورة الإعذار[1] .

٤٧ـ متى يجب الإعذار في القانون العراقي

أشرنا في فقرة سابقة إلى أن المشرع العراقي تطلب الإعذار بمقتضى المادة ٢٥٦ كشرط لاستحقاق التعويض، سواء كان تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التأخير فيه. ومع ذلك، يجب أن يلاحظ، بالرغم من إطلاق النص، أن الإعذار شرط أساس لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ. أما المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ فلا حاجة للإعذار فيها[2] . لأن الحكم بالتعويض أمر مؤكد متى توافرت شروط المسئولية على النحو الذي فصلناه في التنفيذ العيني الجبري.

٤٨ـ الحالات المستثناة من وجوب الإعذار في قانوننا

تستثنى من ضرورة الإعذار حالات يعتبر حلول الأجل فيها كافياً لإشعار المدين بوجوب المبادرة إلى التنفيذ وإلا وجب عليه التعويض، دون الحاجة إلى استيفاء إجراء الإعذار. وهي حالات يمكن رد بعضها إلى الاتفاق، ورد بعضها الآخر إلى نص القانون، ورد غيرها إلى اقتضاء طبيعة الأشياء عدم لزوم الإعذار فيها دون حاجة إلى اتفاق أو نص. وسنشير إلى جميع هذه الحالات فيما يلي:

٤٩ـ أولاً: الحالات المستثناة بحكم الاتفاق

وإليها إشارت المادة ٢٥٧ من القانون المدني العراقي المـــار ذكرهـــا وبمقتضـــاها يجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون المدين معـــذراً بمجـــرد حلـــول الأجـــل دون حاجة إلى استيفاء إجراء ما. وقد ذكرنا من قبل ، أن هذا الاتفاق كما يقع صـــريحاً قد يكون ضمنياً كأن يشترط في عقد مقاولة وجرب إكمال البناء في ميعاد معين.

---

(١) السنهوري. الوسيط. جـ٢: ص ٨٣٣.

(٢) إسماعيل غانم. أحكام الالتزام. ص ١٣١

ولكنه يجب أن يكــون قاطعاً في دلالته دون أن يحتمل شكاً. وإذا وقع الاتفاق على تحقق الإعذار بمجرد حلول الأجل، فإن ذلك لا يعفي الدائن من السـعي إلى مكـان الوفاء إذا كان تنفيذه واجباً في موطن المدين. لأن السـعي لتحصـيل الـدين أمـر مستقل عن الإعذار، ولأن القاعدة في الوفاء أن الدين مطلوب وليس محمولاً. وعلـى الدائن إثبات سعيه إلى مكان الوفاء ما لم يكن هناك اتفاق على إعفائه منه. أمـا إذا كان تنفيذ الالتزام واجباً في موطن الدائن، فيصبح المدين مسئولاً عند عدم تقدمه إلى الدائن بالوفاء عند حلول الأجل[1]. وإذا وجد اتفاق على الاكتفاء بحلـول الأجـل لاعتبار المدين معذراً فلا يعمل به إذا نسخه الدائن بتصرفه. كأن ينص العقـد بـين شركة تأمين وبين المؤمن له على وجوب دفع أقساط التأمين في مركز الشركة عنـد حلول آجالها دون حاجة إلى إعذار المدين، ثم تجري الشركة على إيفاد محصلها لتسلم الأقساط من المدين في الأيام التالية لاستحقاقها وتعذر المدين كلما تأخر. إذ لا يجـوز للشركة عندئذ، أن تحتج بمقتضى العقد على المدين بعدم لزوم إعذاره.

٥٠ـ ثانياً: الحالات المستثناة بنص القانون

نص القانون المدني العراقي على عدم الحاجة إلى الإعذار في حالات كثيرة أشارت المادة ٢٥٨ إلى بعضها، وجاء حكم البعض الآخر في نصوص أخرى. ويلاحظ أن من هذه الحالات ما كان في حاجة إلى النص على عدم ضرورة الإعذار فيها. ومنها، ما يبدو الإعذار فيها غير مجد و لم يفد النص إلا تأكيد عدم جدواه.

أما الطائفة الأولى من الحالات فهي:

أولاً: إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق، وهو عالم بذلك (م ٢٥٨/٣).

ثانياً: استحقاق البائع الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء دون حاجة إلى إعذار المشتري، إذا كان قد سلمه الشيء المبيع، وكان الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، ما لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك (م ٥٧٣).

---

(١) سليمان مرقس، شرح القانون المدني جـ٢. ص ٥٧٣.

ثالثاً: إذا أخذ الشريك مبلغاً من مال الشركة أو احتجزه، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه دون حاجة إلى إنذار، وذلك من غير إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء (م ٦٤٢).

رابعاً: إذا استعمل الوكيل مال الموكل لصالح نفسه، فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، دون حاجة إلا إنذاره (م ٩٣٧).

خامساً: إذا انفق الوكيل مبلغاً في تنفيذ الوكالة فعلى الوكيل أن يرد له ما أنفقه في تنفيذها تنفيذاً معتاداً مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، وذلك دون حاجة إلى إعذاره (م ٩٤١).

وأما الطائفة الثانية من هذه الحالات وهي التي يبدو الإعذار فيها غير مجد، فهي الحالات الثلاثة الآتية التي أشارت إليها الفقرات الأولى والثانية والرابعة من المادة ٢٥٨ من قانوننا المدني.

أولاً: إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو قياماً بعمل، وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين.

ثانياً: إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

ثالثاً: إذا صرح المدين كتابه أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

٥١ـ ثالثاً: الحالات المستثناة لأن طبيعة الأشياء تقتضي عدم وجوب الإعذار وإن لم يرد بشأنها نص.

وأبرز هذه الحالات التي لا حاجة للإعذار فيها، وبالرغم من عدم وجود اتفاق أو نص يقتضي بعدوم لزوم الإعذار، الحالتان الآتيتان[1]

---

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٥٨٠.

أولاً: إذا استحال على الدائن أن ينذر مدينه بسبب الظروف المحيطة به.

فإذا تعهد أمين النقل بنقل راكب إلى جهة ما يصلها في ميعاد محدد، وتسبب بخطئه في تأخر وصول الراكب عن الموعد المحدد، فإنه يعتبر مسئولاً عن التعويض دون حاجة إلى إعذار. إذ يستحيل على الدائن الراكب أن يقوم بهذا الإجراء بسبب ظروف النقل.

ثانياً: إذا جاهر المدين بعلمه بحلول الأجل وبنيته في تنفيذ التزامه، فلا لزوم للإعذار عندئذ. لأن المدين يكون قد أعلن بما يهدف الإعذار إلى إعلامه به، وتحقق غرض الإعذار قبل وقوعه.

المطلب الثاني
آثار الإعذار

٥٢ـ تترتب على الإعذار نتيجتان قانونيتان: أولاهما، إلزام المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ منذ وقت الإعذار. وثانيهما، انتقال تبعة الهلاك بالإعذار من الطرف الذي كان يتحمل التبعة إلى عاتق الطرف الآخر. وسنتولى الكلام على هاتين النتيجتين فيما يلي على التعاقب.

٥٣ـ النتيجة الأولى ـ إلزام المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ منذ وقت الإعذار.

إذا أعذر الدائن مدينه، أصبح المدين مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب التأخير في التنفيذ منذ وقت الإعذار طبقاً لنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي، إلا إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود. ذلك لأن المادة ١٧١ من قانوننا المدني قضت بأن فوائد التأخير لا يبدأ سريانها منذ الإعذار، وإنما من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد القانون أو الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها.

وسبب عدم مسئولية المدين عن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب التأخير في التنفيذ قبل إعذاره، هو افتراض أن الدائن غير متضرر من التأخير وأن سكوته يعد

رضاً ضمنياً بمد أجل الوفاء. وبالإعذار يفصح الدائن عن رغبته في استيفاء حقه دون تأخير ويجزم في إلقاء تبعة أي ضرر يصيبه من جراء التأخير في التنفيذ على عاتق المدين.

٥٤ـ النتيجة الثانية: انتقال تبعة الهلاك.

تأثر المشرع العراقي فيما ساق من أحكام لتبعة الهلاك بالفقه الإسلامي وميز بين يد الضمان ويد الأمانة. وعرف يد الضمان بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه. كيد الغاصب، ويد الحائز بقصد التملك سواء كان حسن النية أو سيئها. وعرف يد الأمانة بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه وإنما على اعتباره نائباً عن المالك كيد الوديع والمستأجر والمستعير (م ١/٤٢٧). وقضى بأن الشيء إذا انتقل من يد مالكه إلى يد غير المالك بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير، فإن الشيء يهلك على صاحب اليد أي إذا كانت يده يد ضمان ويهلك على صاحب الشيء إذا كانت يد صاحب اليد يد أمانة (م ٤٣٦). ولكن يد الأمانة تتقلب إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه (م ٤٢٧/ ٢).

وبمقتضى ما ذكرنا من نصوص، إذا كان الالتزام بالتسليم مستقلاً، وانتقل الشيء من يد مالكه إلى يد غير المالك بعقد، كعقد الإعارة أو الوديعة أو الإيجار وهلك الشيء بسبب أجنبي وهو في يد الحائز تحمل المالك تبعة الهلاك لأن يد الحائز يد أمانة. وإذا انتقل الشيء بغير عقد إلى يد الحائز، كالغصب والحيازة سواء كانت بحسن نية أو بسوئها وهلك الشيء دون تعد أو تقصير من الحائز، تحمل تبعة الهلاك، لأن يده يد ضمان. إلا أن يد المستعير أو الوديع، وهي يد أمانة قد تنقلب إلى يد ضمان إذا حبس أي منهما الشيء دون حق. كأن يطالبا برده ويمتنعان عن الرد دون سبب مشروع.

أما إذا كان الالتزام بالتسليم تبعياً، وهو الالتزام الذي يكمل الالتزام بنقل الملكية، كالتزام البائع بتسليم المبيع، وهلك الشيء في يد البائع قبل تسليمه إلى

المشتري، فإنه يهلك على البائع وهو المدين بالتسليم، لأن يد البائع وهو المالك القديم توصف بأنها يد ضمان حتى ينفذ التزامه بالتسليم الذي ما زال مترتباً في ذمته بعد تمام تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني، غير أن البائع تنقلب قبل التسليم إلى يد أمانة إذا كان لعدم التسليم ولحبس المبيع في يده سبب قانوني، ويهلك المبيع عندئذ على المشتري (م ٤٢٨). فإذا دفع البائع بعدم التنفيذ وحبس المبيع في يده لأن المشتري لم يدفع الثمن وهلك المبيع بسبب أجنبي، فإن يد البائع تعتبر يد أمانة ولا يتحمل تبعة الهلاك، ومن يتحملها عندئذ هو المشتري، وهو الدائن بالتسليم.

وبالإعذار تنتقل تبعة الهلاك من عاتق الطرف الذي كان يتحمله إلى عاتق الطرف الآخر. فإذا كانت يد المدين يد أمانة، كيد الوديع والمستعير، وهلك الشيء بسبب أجنبي، فإن الشيء يهلك على مالكه وهو الدائن، أي على المودع أو المعير غير أن الدائن، إذا أعذر مدينه بوجوب التسليم، تحولت يد الأمانة إلى يد ضمان ويتحمل عندئذ المدين بالتسليم تبعة الهلاك، فيتحمل الوديع أو المستعير أو المستأجر تبعة هلاك الوديعة أو العارية أو المأجور بسبب أجنبي بعد الإعذار. وإذا كانت يد المدين يد ضمان، وفي دائرة العقد قد تكون اليد يد ضمان وإن لم تكن الحيازة بقصد التملك كيد البائع قبل التسليم ما لم يقم سبب مشروع لحبس المبيع في يده (م ٤٢٨)، فإنها تتحول إلى يد أمانة بالإعذار. فإذا أعذر البائع مدينه بوجوب تسلم الشيء وامتنع المشتري عن تسلمه وهلك الشيء بسبب أجنبي في يد البائع تحمل المشتري تبعة هلاك الشيء. وعلى ذلك نصت المادة ٥٤٧ بقولها: (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع). وبذلك تنتقل تبعة الهلاك من عاتق المدين بالتسليم إلى عاتق الدائن به.

المبحث الثاني
تقدير التعويض

٥٤ـ تمهيد وتقسيم

إذا توافرت شروط استحقاق التعويض المبينة فيما تقدم، أصبح التعويض مستحقاً، ووجب تقديره، والتزم المدين بدفعه سواء تم ذلك اختيارياً أو جبراً.

والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض والحكم به. ويسمى التعويض عندئذ بالتعويض القضائي. ومع ذلك يجوز أن يتم تقدير التعويض باتفاق الطرفين قبل عرض القضية أمام القضاء. ويسمى التعويض وقتئذ بالتعويض الاتفاقي. ويطلق على تقديره اسم الشرط الجزائي. وقد يتولى القانون تقديره مقدماً متى كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود. وهذا ما يسمى بالتعويض القانوني.

وواضح مما تقدم أن التعويض من حيث تقديره يبدو على أنواع ثلاثة لذلك يحسن بنا أن نعالجها في مطالب ثلاثة متتالية:

المطلب الأول
التعويض القضائي

٥٦ـ تعريفه وأنواعه

يعرف بأنه تعويض يقدره القضاء ويحكم به الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها المسئولية الناشئة عن عدم تنفيذ التزامه أو عن تأخره في تنفيذه. وهي دعوى ينبغي أن يتقدمها الإعذار في الحالات التي يجب فيها استيفاؤه ويحكم بهذا التعويض في الأحوال التي لا محل للحكم فيها بالتنفيذ العيني، وفي الأحوال التي يثبت فيها إصابة الدائن بضرر لمجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

ويكون التعويض على نوعين، سبقت الإشارة إليهما، أولهما، التعويض عن عدم التنفيذ. وثانيهما، التعويض عن التأخير في التنفيذ. وقد تكلمنا من قبل على الفوارق بين النوعين.

والحق، أننا تكلمنا في التعويض القضائي عند كلامنا على حكم تحقق المسئوليتين العقدية والتقصيرية في الجزء الذي عقدناه للبحث في مصادر الالتزام. ولذلك سنوجز أحكام التعويض القضائي فيما يلي إيجازاً تاماً.

٥٧ـ كيف يقدر التعويض

الأصل أن يكون التعويض نقدياً فيقدره القاضي بمبلغ من النقود في نطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية.

وفي نطاق المسئولية التقصيرية يتسنى تقدير الضرر الأدبي الذي يجوز التعويض عنه بالنقد كذلك. أما التعويض غير النقدي، فهو وإن أثار خلافاً في الفقه والقضاء الفرنسيين[١] ، إلا أنه لا يثير ذلك في القانونين المدنيين العراقي والمصري. فلم يرد في القانون العراقي كما تبين لنا من قبل ما يحول دون جواز التعويض غير النقدي. ويفهم من الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ من قانوننا المدني أن التعويض قد يكون مقدراً بالنقد وقد لا يكون. وهو في الحالة الثانية يبدو في صور ثلاث. أولاها إعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل. كهدم جدار بناه شخص فسد على جاره الضوء والهواء. وثانيتها، الحكم بأداء أمر معين. كنشر الحكم الصادر في دعاوى السب والقذف بإدانة المدعي عليه في الصحف. وثالثتها، رد المثل في المثليات. كأن يغصب شخص من آخر كمية من المثليات كالحبوب ويحكم عليه برد كمية تساوي قدر ما غصب. وجدير بالملاحظة، أن الحكم بالتعويض غير النقدي أمر يجوز للمحكمة أن تحكم به بناء على طلب المضرور.

٥٧ـ عناصر التعويض:

إذا كان التعويض عن ضرر مادي لحق الدائن فإنه يشمل عنصرين. أولهما ما لحق الدائن من خسارة مالية. وثانيهما ما فاته من كسب مالي بشرط أن يكون هذا نتيجة

---

(١) السنهوري. الوسيط. جـ١. ف ٦٤٤. بلاينول وريبر ورادوان جـ١. ف ٤٤٩.

طبيعية للعمل غير المشروع (م ٢٠٧/١ مدني عراقي) ويدخل في عنصر الخسارة في نطاق المسئولية التقصيرية ما فات المضرور من منافع الأعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع بها، وما ضاع عليه من أجر كان يتلقاه قبل نزول الضرر به وقعوده عن العمل (م ٢٠٧/ ٢ مدني عراقي). ويدخل في تقدير الضرر، في نطاق المسئولية العقدية، الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لا بسبب ضياع الحق فحسب، وإنما بسبب التأخر في استيفائه كذلك. فلو تعاقد شخص مع مغن على إحياء حفلة في وقت معين ولم ينفذ المغني التزامه، حكم عليه بتعويض يشمل ما لحق الدائن، وهو متعهد الحفلات من خسارة يمثلها ما أنفق من مصاريف استعداداً لإقامة الحفلة، وما فاته من كسب يمثله ما كان يتوقعه المتعهد من ربح يجنيه منها.

ولو أتلف شخص سيارة لشخص اشتراها بمبلغ معين، وكان قد حصل على وعد من شخص آخر بشرائها بمبلغ أكبر، وجب على محدث الضرر أن يعوض مالك السيارة عن كل من قيمتها وما توقعه من ربح عند بيعها بثمن أعلى.

أما التعويض عن الضرر الأدبي، فإنه لا يشمل هذين العنصرين، وإنما يعتبر عنصراً قائماً بذاته. وفي حالته، يتولى القاضي تحديد ما ينبغي أن يحكم به من تعويض يكون ترضية كافية للمضرور. والتعويض عندئذ لا يزيل الضرر الأدبي نهائياً وإنما يخفف من وقعه.

وما يمكن التعويض عنه من ضرر هو الضرر المتحقق في المسئوليتين العقدية والتقصيرية، سواء وقع فعلاً أو تراخى وقوعه إلى المستقبل. أما الضرر المحتمل فلا يجوز التعويض عنه لأنه ضرر غير محقق. فلا يجوز لجهة خيرية أن تطالب من قتل شخصاً اعتاد التبرع لها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء حرمانها من تبرع اعتاد القتيل تقديمه، لأنه ضرر محتمل. إلا أنه يجوز لجهة تعاقدت مع مورد أرزاق توقف عن تنفيذ التزامه بالتعويض بالرغم من توافر الأرزاق لديها عند التوقف، لأن الضرر الذي يصيبها أمر محقق وأن تراخي ظهوره إلى المستقبل ليبدو عند نفاذ

الأرزاق. وتعتبر فرصة تفويت الكسب، كحرمان موظف من دخول امتحان الترقية أو حرمان فرس من دخول سباق ضرراً محققاً يجوز التعويض عنه وليس ضرراً محتملاً، على النحو الذي سبق تفصيله.

كما وأن ما يمكن التعويض عنه في المسئوليتين العقدية والتقصيرية هو الضرر المباشر. وهو ما يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخير في تنفيذه، أو يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالواجب القانوني في نطاق المسئولية التقصيرية (م ١٦٩/ ٢وم ١/٢٠٧).

ويلاحظ، أن التعويض في نطاق المسئولية العقدية يكون عن الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد. أما الضرر غير المتوقع فلا يعوض عنه المدين إلا إذا نشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. أما في نطاق المسئولية التقصيرية فإن التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وسبب ذلك، أن إرادة الطرفين تتحكم في دائرة المسئولية العقدية فلا تجيز التعويض إلا عن الضرر الذي يتوقعه المتعاقدان وقت التعاقد. أما إذا نشأ الضرر عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم فإنه يخرج من دائرة المسئولية العقدية ليدخل في دائرة المسئولية التقصيرية. وفي دائرة المسئولية التقصيرية يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لأن القانون ألزمه بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع[١].

والتعويض في القانون العراقي يكون عن الضرر المادي والأدبي في المسئولية التقصيرية (م ٢٠٥/ ١)، ويكون عن الضرر المادي وحده في نطاق المسئولية العقدية (م ٢/١٦٩)[٢].

وعلى العموم، فإن على القاضي في تقديره التعويض أن يراعي الظروف الملابسة[٣]

---

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٤٠.

(٢) انظر في موقف المشرق العراقي. عبد الباقي البكري. المرجع السابق ص ١٤٣.

(٣) السنهوري. الوجيز. ص ٣٩٣.

وهي الظروف الشخصية المحيطة بالمضرر، كحالته الصحية ووضعه العائلي. فمن يصاب بجرح وهو مريض بداء السكر يكون الضرر الذي أصابه يزيد على الضرر الذي يصيب السليم إذا جرح. ومن يعيل عائلة كثيرة الأفراد يصاب بضرر أكثر مما يصاب به غير المعيل إذا لحقته إصابة أعجزته عن الكسب. أما الظروف الشخصية المحيطة بمرتكب الفعل الضار فلا تؤخذ بعين الاعتبار. لأن الأصل أن لا يعتد في التعويض بجسامة الخطأ وإنما بجسامة الضرر. ومع ذلك فإن جسامة الخطأ قد تؤثر في شعور القاضي عند تقدير التعويض وتكون عنصراً في تحديده. وإذا كان القانون المدني العراقي يخلو من الإشارة إلى تأثير الظروف الملابسة في تقدير التعويض، خلافاً للقانون المدني المصري الذي نص عليه في المادة ١٧٠، إلا أن الأخذ بما قضى به القانون المصري أمر تقتضيه قواعد العدالة ولا يتعارض مع القواعد العامة في التعويض.

٥٨ـ وقت تقدير الضرر الذي يجب التعويض عنه

أشرنا فيما تقدم من بحوثنا إلى هذا الوقت. وحسبنا أن نقول الآن، أن الأصل في تقدير التعويض أن يحدده القاضي بقدر الضرر وقت تحمله. وذلك ما يقتضيه الغرض من التعويض، وهو رد المضرور إلى الوضع الذي كان يمكن أن يكون فيه نفذ المدين التزامه.

ومع ذلك، فقد استقر الرأي فقهاً وقضاءاً على أن الضرر إذا كان متغيراً وجب تقديره وقت صدور الحكم. والضرر المتغير هو الضرر الذي يزداد أو ينقص بمرور الزمن خلال الفترة التي تعقب إصابة الدائن بالضرر وحتى النطق بالحكم.

وإذا أصاب التغير سعر النقد الذي يقدر به التعويض، كانت العبرة بسعره وقت الحكم بالتعويض. وإذا كان المضرور قد أصلح الضرر بنفسه ثم رجع على محدث الضرر بالتعويض حكم له بما دفعه فعلاً لإصلاح الضرر بصرف النظر عن تغير سعر النقد وقت صدور الحكم.

وإذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت الحكم، جاز له أن يترك للمضرور الحق في المطالبة بإعادة النظر في التقدير خلال مدة معقولة، وتكون العبرة في تقدير التعويض النهائي بوقت النطق بالحكم فيه (م ٢٠٨). والأمر بالنسبة لاحتفاظ المضرور بهذا الحق وبالنسبة للفترة التي يمارسها خلالها متروك لتقدير القضاء.

ويجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو أن لا تحكم بتعويض إذا كان المضرور قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه، أو كان قد سوأ مركز المدين (م ٢١٠.م.ع.) على النحو الذي تقدم بحثه في أحكام المسئولية التقصيرية.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

٦٠ـ تعريفه

يعرف التعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه. ويسمى أيضاً بالشرط الجزائي. فهو شرط: لأنه يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي، ليقوم استحقاق التعويض على أساسه وهو جزائي لأن القصد منه مزدوج. فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر. وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخيره في تنفيذه. وهو قد ينطوي على معنى التهديد، دون أن يعتبر بالطبع عقوبة، لأن المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير في الوفاء به.

٦١ـ تطبيقاته

إن التعويض الاتفاقي قد يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ، كما لو اشترط المشتري على البائع تعويضاً معيناً إذا تصرف في المبيع لشخص آخر. وقد يكون تعويضاً عن التأخير في التنفيذ، كما لو اشترط المالك على المقاول تعويضاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن إقامة البناء وتسليمه بعد الميعاد المتفق عليه في العقد. ومع أن الأصل أن يتناول

الشرط الجزائي التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في تنفيذ التزام عقدي، إلا أنه لا مانع من الاتفاق سلفاً على تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام غير عقدي[1] ، كأن يتفق الطرفان على تقدير التعويض المستحق في حالة خيانة أمانة، وينصرف الاتفاق على التعويض فيها إلى تعويض عن مسئولية تقصيرية تترتب على الإخلال بالتزام نشأ عن عمل غير مشروع.

والشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية، لاسيما في عقود المقاولات والتوريد والإشغال.

وقد أشار المشرع المدني العراقي إلى الشرط الجزائي في الفقرة الأولى من المادة ١٧٠ من تقنينه بقوله: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨). وقد تعلقت المادة ١٦٨ باستحقاق التعويض إذا استحال على الملتزم بالعقد تنفيذ التزامه عيناً ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ أو التأخير فيه نشأ عن سبب أجنبي. وأوجبت المادة ٢٥٦ إعذار المدين لاستحقاق التعويض ما لم ينص القانون على غير ذلك. وتكلمت المادة ٢٥٧ على صور الإعذار. وعالجت المادة ٢٥٨ حالات عدم ضرورة الإعذار.

٦٢ـ الأغراض من الشرط الجزائي

تتعدد الأغراض من الشرط الجزائي. فقد يراد منه التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير. وقد يقصد به تعديل أحكام المسئولية المترتبة على الإخلال بتنفيذ الالتزام تخفيفاً أو تشديداً. وقد ينشد منه زيادة القوة الملتزمة للرابطة العقدية. إلا أن أهم غرض يهدف إليه هو تجنب تحكم القضاء أو التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه، ومن حيث طبيعته.

---

(١) السنهوري. الوسيط. جـ٢. ص ٨٥١.

٦٣- خصائص الشرط الجزائي

يتميز الشرط الجزائي بالخصائص الآتية:

أولاً- أنه اتفاق بين طرفين. ولذلك يجب أن يستوفي هذا الاتفاق أركان العقد وشروطه. وتسري عليه جميع أحكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها.

ثانياً- أنه اتفاق على تقدير التعويض. ولذلك ينبغي لكي ينتج هذا الاتفاق أثره أن تتوافر فيه جميع شروط استحقاق التعويض.

ثالثاً- أنه اتفاق يحدد فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض. ويقتضي ذلك، أن يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ أو التأخير فيه وإلا اعتبر صلحاً وليس شرطاً جزائياً. والأصل أن يدرج الشرط الجزائي ضمن شروط العقد الأصلي، إلا أنه لا مانع من أن يتضمنه اتفاق لاحق بشرط أن يقع الاتفاق اللاحق قبل الإخلال بتنفيذ الالتزام.

رابعاً- أنه اتفاق ينطوي على خروج عن أحكام التقدير القضائي. ولما كان الأصل في تقدير التعويض أن يتولاه القضاء، فإن أحكام التعويض تعتبر أحكاماً استثنائية. ولذلك ينبغي تفسير النصوص القاضية بالتعويض الاتفاقي بكل دقة ودون توسع، وأن يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصوراً على الحالة التي قصدها الطرفان.

خامساً- أنه اتفاق تبعي. ذلك لأن الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته. وإنما تم بمناسبة الاتفاق على التزام آخر وبقصد حمل التعاقد على تنفيذه. فهو اتفاق لا يولد التزاماً أصلياً بالتعويض وإنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض.

٦٤- طبيعة الشرط الجزائي

ذكرنا فيما سبق، أن الشرط الجزائي اتفاق تبعي لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه، وإنما يقع بمناسبة الاتفاق على التزام آخر بقصد حمل الطرف المتعاقد على تنفيذه وأنه يحدد التزاماً جزائياً في صورة تعويض مقدر لا ينشأ إلا نتيجة الإخلال بالتزام أصلي. ولذلك فإن الالتزام بالشرط الجزائي يكون التزاماً تبعياً لا أصلياً. فهو تابع لالتزام

أصيل، أياً كان مصدر الالتزام الأصيل، عقداً أو غيره من مصادر الالتزام. وأياً كان محله، نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل. ومتى التزام المدين بالالتزام الأصلي، اتفق مع دائنه في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق على تعويض يتم تقديره سلفاً ليستحق عند إخلال المدين بالتزامه.

وتترتب على صفة التبعية للشرط الجزائي نتائج أهمها ما يأتي:

أولاً- تكون العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي عند مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ. فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكناً، فإن الدائن لا يستطيع مطالبة مدينه إلا به، ولا يستطيع مدينه أن يعرض عليه غيره. ومع ذلك، يجوز للدائن مطالبة مدينه بتطبيق الشرط الجزائي إذا وافقه المدين على ذلك. ويجوز للمدين عرض تنفيذ الشرط الجزائي إذا قبل منه الدائن تطبيقه، بالرغم من أن التنفيذ العيني للالتزام الأصلي لا يزال ممكناً. ويفسر هذا التحول من التنفيذ العيني للالتزام الأصلي إلى تنفيذ الالتزام التبعي بأنه تم بناء على اتفاق ضمني بين الطرفين. غير أن للدائن أن يطالب مدينه بتنفيذ الشرط الجزائي وللمدين أن يعرض تنفيذه على دائنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ المدين. أما إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً بسبب أجنبي على المدين، فإن الالتزام الأصلي ينقضي ويسقط بانقضائه الالتزام التبعي، ولا تجوز المطالبة بتطبيق الشرط الجزائي. لأن المدين لا يعد مسؤولاً والتعويض لا يكون مستحقاً عندئذ.

ثانياً- ويترتب على اعتبار الالتزام بالشرط الجزائي التزاماً تابعاً لالتزام أصيل، أن تلحق الشرط الجزائي الأوصاف التي اقترن بها الالتزام الأصيل من شرط وأجل وتعدد، على النحو الذي سنفصله في باب لاحق.

ثالثاً- ويترتب كذلك على تبعية الشرط الجزائي، أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي. أما العكس فغير وارد. فلا يؤثر بطلان الشرط الجزائي على صحة الالتزام لأنه تابع، والتابع قد يسقط والأصل يظل قائماً.

فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بسبب انعدام الأهلية أو بسبب عدم مشروعية المحل، كأن يكون من عقده غير ذي أهلية أو كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي، فإن بطلانه يستتبع بطلان الشرط الجزائي وهو الالتزام التابع. ذلك لأن التابع للشيء في الوجود يكون تابعاً له في الحكم، فيصح بصحته ويبطل ببطلانه.

أما إذا كان الشرط الجزائي باطلاً لمخالفته لقواعد القانون الآمرة. كأن يقضي الشرط الجزائي بحق الدائن المرتهن في تملك المال المرهون إذا لم يستوف المدين دينه عند حلول أجله. أو لمخالفته للنظام العام، كأن يتعهد ممثل أن لا يمثل على مسرح معين وإلا حبس نفسه في مكان مقفل فترة ما، فإن بطلانه لا يؤثر في قيام الالتزام الأصلي ولا يقضي إلى بطلانه. لأنه التزام تابع، والتابع لا يتعلق به مصير الأصيل[١] .

رابعاً ـ ويترتب على صفة التبعية، أن فسخ العقد وهو مصدر الالتزام الأصلي، يؤدي إلى سقوط الشرط الجزائي ويفضي عندئذ إلى وجوب الرجوع إلى القضاء لتقدير التعويض.

٦٥ـ أحكام الشرط الجزائي

نصت المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي في فقرتيهما الثانية والثالثة على هذه الأحكام بقولها: (٢ـ ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة ـ ٣ ـ أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً).

---

(١) اوبري وردو. جـ٤. ص ١٧٢. السنهوري. الوسيط. جـ٢. ص ٨٧٦٢

يستفاد من هذا النص أَن الشرط الجزائي إذا توافرت شروطه يصبح ملزماً للمتعاقدين ويجب على القاضي الحكم به. ولا يستطيع القاضي أَن يجري في المبلغ المقدر تعديلاً تبعاً لمقدار الضرر الذي أصاب الدائن، إلا في الحالات التي نص عليها القانون.

٦٦ـ تخفيض الشرط الجزائي

يجوز للمحكمة أَن تنقص من قيمة الشرط الجزائي في حالتين نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة ١٧٠. أولاهما، إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. وهو تعبير للمشرع المصري ورد في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤، يفضل في الصياغة والوضوح تعبير المشرع العراقي بقوله: (إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً). ففداحة التقدير وما تعنيه من إرهاق يجب أن تفسر على نحو ما قصده المشرع المصري في تعبيره. ولذلك، لا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي أن تكون في التقدير زيادة بحيث تجاوز قيمته قيمة الضرر، وإنما يجب أن تكون الزيادة مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة.

ثانيتهما، إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. فإذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً قبله الدائن ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي نزولاً عند مقتضيات العدالة واحتراماً لإرادة المتعاقدين. لأن العدل يقتضي أن الشرط الجزائي لا يستحق بكامله إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه كاملاً. ولا مكان للقول أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى التخفيض مادام المدين قد نفذ جزءاً من التزامه فقبله الدائن دون اعتراض لعدم تضرره. ويجري التخفيض بنسبة ما تم تنفيذه.

ويلاحظ، أن أحكام الفقرة الثانية من المادة ١٧٠ تعتبر من النظام العام، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ما نصت عليه من اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي. ومن حق القضاء تخفيض التعويض إذا كان فادحاً، أو إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء

منه. وإذا تم التخفيض فلا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر بل يكتفي بكونه يتناسب معه.

٦٧ـ زيادة الشرط الجزائي

للمحكمة أن تزيد في قيمة الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، وذلك في الحالتين الآتيتين اللتين تبرر زيادة التعويض فيهما أحكام شروط الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها:

أولاهما، إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب إلى غش أو خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي. وعلى ذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٠.

ثانيتهما، إذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا تعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر، وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسئولية التقصيرية. وذلك تطبيقاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٩ التي قضت بإبطال كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع. وشرط الإعفاء من المسئولية التقصيرية لا يكون باطلاً إذا كان شرطاً صريحاً بالإعفاء فحسب، وإنما يكون باطلاً كذلك إذا انطوى عليه اتفاق يفيد ضمناً معنى الإعفاء. والشرط الجزائي إذا تفهت قيمته بحيث لا يعتبر تعويضاً جدياً عن ضرر واقع، يعتبر شرطاً للإعفاء من المسئولية التقصيرية بصورة غير مباشرة، ويكون عندئذ باطلاً.

ويلاحظ، أن زيادة التعويض في الحالتين المذكورتين فيما تقدم، أمر يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلافه. إذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٠ قضت ببطلان أي اتفاق يخالف ما ورد فيها، وسكتت الفقرة الثالثة على النص على نظير ذلك، فإن ما ورد في الفقرة الثالثة لا يحتاج إلى النص على حكم يخالف مضمونها، لأن فيما قضت به الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٥٩ المتقدم ذكرها الكفاية للحكم ببطلان أي اتفاق يحول دون زيادة التعويض في هاتين الحالتين.

٦٨ـ سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

يتمتع القاضي بسلطة مطلقة في الحكم بالتعويض المتفق عليه أو في تعديله. ولا رقابة على حكمه من قبل محكمة التمييز. ويعتبر توافر الخطأ بعد التثبت من عناصره، وحصول الضرر أو نفيه بعد تعيين العناصر المكونة له، من الأمور التي تخضع لتقديره. فإذا تحققت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته. وما ينبغي على القاضي ملاحظته هو التناسب أو التعادل بين القيمتين لا التساوي. وله أن يحكم بمقتضى الشرط الجزائي وإن جاوزت قيمته قيمة الضرر. إلا أن له أن يجري تعديلاً في قيمة الشرط الجزائي في الأحوال التي نص عليها القانون.

٦٩ـ حكم الشرط الجزائي في عقد ناقل لملكية عقار أو منشئ لحق الرهن عليه، دون أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري

تنص الفقرة الثانية من المادة ١١٢٦ على ما يأتي: (العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً). وتقضي الفقرة الأولى من المادة ١٢٨٦ بأنه: (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة الطابو (دائرة التسجيل العقاري).

ومفاد هذين النصين أن العقد الناقل لملكية عقار والعقد المنشئ لحق الرهن عليه يعتبران من العقود الشكلية، ويكون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو الشكل المطلوب. ويعتبر الشكل ركناً من أركان العقد، ولا ينعقد العقد إلا باستيفائه. أما العقد غير المسجل فيعتبر باطلاً على اعتباره عقداً ناقلاً للملكية أو منشأ لحق عيني ويكون في حكم العدم ولا يرتب أثراً على اعتباره عقداً على هذا النحو.

وبناءً على ما تقدم، فإن شخصاً لو تعهد بنقل ملكية عقار أو بإنشاء حق رهن عليه، وتضمن التعهد شرطاً جزائياً حدد الطرفان بمقتضاه سلفاً ما ينبغي دفعه من تعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده، ونكل عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل

العقاري، فلا ريب في أن عقد بيع العقار أو رهنه يعتبر باطلاً لأن وجوده القانوني رهن بتسجيله. ومع ذلك فإن القانون يلقي على عاتق الناكل عن التسجيل التزاماً بالتعويض، نصت عليه المادة ١١٢٧ من قانوننا المدني قضت بما يأتي: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط).

وإذا كان من المسلم به، في ضوء هذه المادة، أن الناكل يلتزم بالتعويض، إلا أن شراح القانون المدني العراقي اختلفوا في تحديد كل من مصدر هذا التعويض ومصير الشرط الجزائي الذي تضمنه التعهد. ويبرز في هذا الصدد في وسط الفقه العراقي، اتجاهان، نوجزهما فيما يلي:

أولاً- ذهب رأي إلى القول إن المسئولية تكون تقصيرية، ويكون الشرط الجزائي باطلاً، ويحق للقضاء عندئذ أن يحكم بتعويض مناسب على أساس الفعل الضار[1]. وحجة هذا الرأي، أن العقد قبل التسجيل يكون في حكم العدم، وأن بطلانه يؤدي إلى بطلان ما تضمنه من شرط جزائي، لأن الشرط الجزائي التزام تبعي يبطل ببطلان العقد. ولما كان التعويض لازماً سواء اشترط في العقد أو لم يشترط فليس أمام الدائن غير المطالبة بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية، دون التمسك بما تضمنه العقد من شرط بطل ببطلانه.

وفي رأينا، أن هذا الاتجاه وإنساير منطق الشكلية، إلا أنه يفضي إلى هدر قيمة التعهد السابق على التسجيل وما تضمنه من شرط جزائي. ونرى أن الإبقاء على الشرط الجزائي للحكم بمقتضاه استناداً إلى مبرر قانوني، ينطوي على فوائد ويبدو اتجاهاً أفضل وأكثر عدلاً.

ثانياً- وذهب رأي ثان، إلى القول بأن المسئولية تكون عقدية ويبقى الشرط الجزائي صحيحاً. وقد أخذ بهذا الرأي كثير من شراح القانون المدني العراقي وفقهاء الدين في العراق، ولكنهم اختلفوا في تبريره. فمنهم من رأى، أن الاتفاق الذي يتم بين الطرفين

---

(١) حسن علي الذنون. أحكام الالتزام. ف ٥٩.

قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري اتفاق صحيح لاستيفائه أركانه وشروطه اللازمة وإن كان لا ينتج أثره، وهو انتقال الملكية أو ترتب حق الرهن، حتى تستوفي الإجراءات اللازمة أمام دائرة التسجيل العقاري. ولذلك فإن التعهد قبل التسجيل ليس بعقد باطل وإنما عقد صحيح يلزم طرفيه بشروطه ومنها الشرط الجزائي[١]. ونرد على هذا الرأي، بأن القول بأن التعهد قبل التسجيل عقد صحيح ينتج جميع آثاره إلا أثراً واحداً يتراخى حتى تمام التسجيل، إذا استقام مع الحكم في القانون المدني المصري فإنه لا يستقيم مع صراحة النص العراقي فيما يتعلق بالشكلية. وذهب رأي ثان إلى القول بأن التعهد قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري يولد بعض الآثار الشخصية بين المتعاقدين، لا بوصفه واقعة قانونية أو بوصفه عقداً ناقلاً لحق الملكية، وإنما لكونه عقداً مسمى تحول إليه العقد الباطل طبقاً لنص المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي التي قضت بما يأتي: (إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر. فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد). ولذلك، فإن الشرط الجزائي يظل صحيحاً مستنداً إلى عقد صحيح غير مسمى تحول إليه عقد بيع العقار الباطل[٢] ونرد على هذا الاتجاه في الرأي بالقول: إن الادعاء بتحول العقد الباطل إلى عقد غير مسمى لا مبرر له. لأن التعهد ينشأ منذ البدء عقداً ملزماً غير مسمى، دون حاجة إلى القول بتحول التعهد إليه تحولاً يكون رهناً بالتثبت من انصراف نية المتعاقدين إلى إبرامه. ومنهم من رأى رأياً آخر، هو القول بأن العقد قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لا يعتبر عقد بيع أو عقداً منشئاً لحق عيني آخر كعقد رهن، وإنما هو عقد غير مسمى. وهو عقد ملزم يوجب التعويض عند الإخلال به[٣]. وعليه فإن التعويض ينشأ عن مسئولية

---

(١) عبد المجيد الحكيم. أحكام الالتزام. ف ٨٠

(٢) عباس الصراف. شرح عقد البيع والإيجار. ف ٣٢٩

(٣) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ١٦١. سعدون العامري. في البيع والإيجار ص ١٠٥. غني حسون طه. عقد البيع. ف ٣٨٥.

عقدية ويكون مصدره العقد غير المسمى. فإذا تضمن التعهد شرطاً جزائياً وجب على القاضي الحكم به. وإن جاز له أن يزيد في مقداره أو أن ينقص من مبلغه أو أن يحكم بعدم استحقاقه وفقاً لأحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٧٠.

ونرى أن القول بأن التعهد قبل التسجيل يعتبر عقداً غير مسمى، هو أفضل الآراء. ولذلك فإن المسئولية المترتبة على النكول عنه تعتبر مسئولية عقدية وليست تقصيرية، وأن الحكم بالتعويض يكون بمقتضى ما تضمنه التعهد من شرط جزائي باستثناء ما نص عليه القانون في حالات يجوز فيها المساس به إلغاءاً أو تعديلاً. وبهذا الرأي أخذت محكمة التمييز واستقرت عليه أحكامها منذ أن صدر قرارها الأول في هذا الاتجاه في ١٩٦٨/١٢/١٥.

وجدير بالذكر، أنه بسبب ارتفاع قيمة العقار ارتفاعاً فاحشاً في العراق في الآونة الأخيرة، وبتأثير من ازدياد النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري بعد التعهد بنقل الملكية طمعاً في حصول المالك على كسب كبير هو الفرق بين قيمته وقت التعهد وقيمته وقت بيع العقار مجدداً لشخص آخر. فقد أقدم مجلس قيادة الثورة على مقاومة هذه الظاهرة الخطيرة بإصدار قراره العادل المرقم ١١٨٩ بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ والذي قضى بما يأتي: (يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لا يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر). ويلاحظ أن هذا القرار تناول بالتعديل حكم المادة ١١٢٧ المشار إليها وخرج على القواعد العامة في التعويض المنصوص عليها في المادتين ١٦٩و ١٧٠.

وقد أفلح إلى مدى واسع في الحد من ظاهرة النكول. وبمقتضى هذا القرار يجب على القاضي إذا كان التعهد قد نص على التعويض في صورة شرط جزائي، أن يرفع قيمته إلى الحد الذي لا يقل عنده عن الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وبين قيمته

وقت النكول واستيفاء إجراء التسجيل. أما إذا خلا التعهد من شرط جزائي، فيصار إلى التعويض القضائي الذي لا يجوز أن يقل مقداره عن الفرق بين القيمتين دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر أصاب غير الناكل.

٧٠ـ تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به من أوضاع

لما كان الشرط الجزائي جزاءاً يفرض عند الإخلال بتنفيذ الالتزام، ولما كان الإخلال بالتنفيذ تترتب عليه أجزية أخرى تشابه الشرط الجزائي إلى حد ما من حيث الغرض والطبيعة، لذلك ينبغي بيان الفروق القائمة بين الشرط الجزائي وبين كل منها.

وأبرز الأجزية التي يشبه بها الشرط الجزائي اثنان. هما: العربون وشرط الحد الأعلى للمسئولية. وسنتكلم على الفروق القائمة بين الشرط الجزائي وبين كل منهما فيما يأتي.

٧١ـ تمييز الشرط الجزائي عن العربون

العربون مبلغ من المال في الغالب، وقد يكون منقولاً غير النقد، يدفعه أحد المتعاقدين للطرف الآخر وقت التعاقد. ويعتبر دفعه وفق حكم القانون المدني العراقي (م٩٢) دليلاً على أن العقد أصبح باتاً ولا يجوز العدول عنه، إلا إذا اتفق الطرفان على أنه جزاء للعدول عن العقد.

وهو حكم جاء مخالفاً لما قضت به المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري التي قضت بأن دفع العربون يفيد ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين إلا إذا اتفق على اعتباره دليلاً على البت في العقد. وواضح، أن الأصل في حكم العربون في القانون المدني المصري، وأن الاتفاق على أنه جزاء للعدول خلافاً للأصل في القانون المدني العراقي، يجيزان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد. فإن عدل عن دفعه فقد ما دفع، وإن عدل من قبضه رد ضعفه.

وإذا كانت دلالة العربون جواز العدول عن العقد، فإنه يشتبه بالشرط الجزائي عندئذ. إذ ينظر عليه كتقدير لتعويض يستحق عند العدول عن العقد. ومع ذلك فإن

ثمة فروقاً تبدو بينهما لتجعل منهما جزائين مختلفين، نسوق ذكرهما فيما يلي:

أولاً۔ يعتبر الشرط الجزائي تقديراً لتعويض يستحق عند توافر شروط التعويض ومنها ضرر أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه. أما العربون فيقابل حق العدول عن العقد وأن لم يترتب على العدول ضرر يلحق الدائن. وإذا كانت المادة (١٠٣) من القانون المصري نصت صراحة على استحقاق العربون ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، وهو أمر أغفلت النص عليه المادة (٩٢) من قانوننا المدني، إلا أن الحكم واحد في القانونين، لأن طبيعة العربون وإرادة المتعاقدين تقتضيان استحقاقه بصرف النظر عن وقوع الضرر.

ثانياً۔ إذا توافر عنصر الضرر واستحق الشرط الجزائي، وثبت في الحالات التي نص عليها القانون أن الضرر يجاوز في مقداره قيمة الشرط الجزائي أو يقل عنها، جاز للقضاء التعديل في قيمة الشرط الجزائي زيادة أو نقصاناً لتتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي. أما العربون فينبغي الحكم بمقداره الذي حدده الطرفان دون تعديل فيه لانقطاع الصلة بين استحقاقه وبين توافر الضرر وجوداً ومقداراً.

ثالثاً۔ يشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي على اعتباره تعويضاً إلا في الحالات المستثناة من ضرورة الإعذار لاستحقاق التعويض. أما العربون فلا يعتبر تعويضاً وإنما يعد مقابل حق العدول عن العقد، ولذلك لا يشترط الإعذار لاستحقاقه.

٧٢۔ تمييز الشرط الجزائي عن شرط الحد الأعلى للمسئولية

قد يلتبس الشرط الجزائي بشرط الحد الأعلى للمسئولية الذي يكثر استعماله في الحياة العملية. ومن الأمثلة عليه، أن تشترط مصلحة السكة الحديد أو مؤسسة البريد أو أي متعهد بالنقل، بأن مسؤولية أي منها لا تتجاوز مبلغاً معيناً عند ضياع رزمة أو صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع. فإذا زاد الضرر عن المبلغ المعين دفعت ما تحدد من شرط الحد الأعلى للمسئولية من مبلغ وإذا قل عنه دفعت مبلغاً يساوي الضرر الفعلي لا المبلغ المعين في الشرط.

وإذا كان الشرطان يتشابهان في أن كليهما وليد اتفاق. وأن الغرض منهما هو التعويض وليس التهديد، وأن كليهما يقوم على عنصر الضرر دون أن يكون تحكمياً وأن تقدير التعويض فيهما يكون مبلغاً مقطوعاً، إلا أن ثمة فارقاً هاماً يقوم بينهما هو، أن قيمة التعويض المقدر في شرط الحد الأعلى للمسئولية تخفض عادة عندما يثبت المسئول نقصان الضرر الفعلي عن قيمة التعويض المعين، ولا تجوز زيادة التعويض عما تحدد في الشرط مهما كانت جسامة الضرر. أما الشرط الجزائي، فالأصل فيه، عدم التعديل في قيمته. ولا يجوز تعديل قيمته إلا في الأحوال التي حصرها القانون ونص عليها.

المطلب الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

٧٣ـ تمهيد

قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة الضرر الذي أصابه والناشئ عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه. وإلى ذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة ١٦٩ من قانوننا المدني بقولها: (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره).

والقانون يتولى تقدير التعويض في حالات كثيرة. منها ما تنص عليها قوانين العمل، ومنها ما تنص عليها القوانين المتعلقة بأمراض المهنة، ومنها ما تنص عليها قوانين التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال. والمشرع إذ يفعل ذلك. يكون مدفوعاً بمقتضيات العدالة، فيرتب التعويض على مسئولية لا علاقة لها بعنصر الخطأ.

إلا أن القانون تولى تقدير التعويض في حالة أخرى وكان مدفوعاً في تقدير التعويض بدافع آخر ورتب التعويض فيها على مسئولية تقوم على أساس مختلف.ذلك

لأنه تكفل بتحديد مقدار التعويض في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وكان في تدخله مدفوعاً بكراهة تقليديه للربا. فرتب التعويض على مسئولية المدين عند التأخر في تنفيذ التزام محله الانتفاع بمبلغ من النقود، واشترط لاستحقاقه توافر أركان المسئولية المدنية وإن أجرى فيها تحويراً.

والحق، أن المقصود بالتعويض القانوني في بحثنا في أحكام الالتزام ليس سوى الفوائد[1] . لأن ما تكفل المشرع بتقديره من تعويض في حالات أخرى ليس تطبيقاً لنظرية التعويض القانوني، وإنما هو تعويض تحدد في تشريعات وفق أحكامها الخاصة وجرى التحديد في ضوء الغرض من تشريعها، وعلى نحو يعتبر استثناءاً من القواعد المستقرة في القانون المدني.

٧٤ـ التعريف بالفائدة وأنواعها

تعرف الفائدة بأنها: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، أو نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة.

يتضح من ذلك أن الفوائد تكون على نوعين. أولهما، الفوائد التأخيرية. وهي الفوائد المستحقة عند التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود أياً كان مصدر هذا الالتزام، عقداً أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو كسباً دون سبب أو نص للقانون. ذلك لأن هذا الالتزام يتميز بأنه يقبل التنفيذ العيني دائماً ولا محل للمطالبة فيه عن التعويض عن عدم التنفيذ، وإنما تقتصر المطالبة على التعويض عن التأخير في تنفيذه. وإلى هذا النوع من الفوائد أشارت المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي التي سيرد ذكرها بعد قليل. وثانيهما، الفوائد التعويضية أو الاستثمارية. وهي الفوائد المستحقة نظير انتفاع المدين بمبلغ من النقود يترتب في ذمته للدائن، ويكون العقد

---

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ١٧٨. عبد المجيد الحكيم. أحكام الالتزام ص ٤٨.

مصدرها. كالفوائد المستحقة على المقترض مقابل انتفاعه بمبلغ القرض، والفوائد التي يستحقها حامل السند أو من أودع وديعة في مصرف.

وينهض بين هذين النوعين من الفوائد فروق ثلاثة. أولها، أن الفوائد التأخيرية تعتبر تعويضاً عن التأخير في الوفاء بدين حل ميعاد استحقاقه. أما الفوائد التعويضية فتكون تعويضاً عن دين لم يحل أجله ويلتزم المدين بدفعها مقابل الانتفاع بالدين ما ظل مترتباً في ذمته طوال الأجل. وثانيها، أن الفوائد التأخيرية تستحق عند التأخر في الوفاء بالتزام يكون محله مبلغاً من النقود أياً كان مصدر هذا الالتزام، عقداً أو سواه. أما الفوائد التعويضية فتستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون محل التزام عقدي، لأن العقد هو مصدر استحقاق هذه الفوائد عادة[1] . لأن الدين إذا نشأ عن غير العقد فإن الالتزام بالوفاء به يكون منجزاً منذ نشوئه، والفوائد المستحقة بعد حلوله لا يتصور أن تكون غير الفوائد التأخيرية. وثالثها، أن الفوائد التعويضية تكون فوائد اتفاقية دائماً، فلا تستحق إلا إذا تم الاتفاق عليها. أما الفوائد التأخيرية فقد تكون اتفاقية، وقد تكون قانونية تولى القانون تحديدها.

٧٥ـ شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

نصت المادة ١٧١ من قانوننا المدني على ما يأتي: (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة من المسائل المدنية وخمسة في المائة من المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره). وقضت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ بما يلي: (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، إن يثبت الدائن أن ضرراً لحقه من هذا التأخير).

---

(١) السنهوري. الوسيط. جـ٢. ص / ٩٠١.

يفهم من هذين النصين أن يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية توافر شروط ثلاثة. أولها أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام. وثانيهما، تأخر المدين في الوفاء بالتزامه. وثالثها، مطالبة الدائن بها مطالبة قضائية. وسنوجز فيما يلي بحث هذه الشروط.

٧٦ـ الشرط الأول: أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام

لا تستحق الفوائد القانونية إلا عند الإخلال بتنفيذ التزام يكون محله مبلغاً من النقود. ولا عبرة بمصدر الالتزام. فسيان أن يكون مصدره عقداً كالتزام المقترض برد النقود التي اقترضها، أو يكون مصدره غير العقد من كسب دون سبب أو نص للقانون كالتزام من تسلم نقوداً دون حق برد المدفوع غير المستحق، وكالالتزام بالنفقة إذا قدرت بمقدار من النقود وهي تقدر عادة بها.

ويشترط لاستحقاقها أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود منذ نشأته. أما إذا لم يكن كذلك ابتداءاً وإنما أصبح مبلغاً من النقود بعدئذ، فإن الفوائد القانونية لا تستحق عندئذ. فلا يدخل في نطاق استحقاق هذه الفوائد الالتزام بالتعويض، سواء كان تعويضاً عن عمل غير مشروع أو تعويضاً ترتب على استحالة تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً بخطأ المدين. ذلك لأن التعويض في الحالتين يعتبر تنفيذاً بمقابل وليس تنفيذاً عينياً لالتزام أصلي.

وينبغي أن يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام. أما إذا لم يكن كذلك، وتحدد مقداره عند المطالبة به فلا يسري عليه حكم الفوائد القانونية. ويترتب على هذا الشرط منع سريان الفوائد التأخيرية على المبالغ المطالب بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع. فإذا أتلف شخص مال غيره أو غصبه وحكم عليه بالتعويض، فإن الحكم سيخلو من احتساب فوائد على مبلغ التعويض.

٧٧ـ الشرط الثاني: تأخر المدين في الوفاء

لما كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود يقبل التنفيذ العيني دائماً، فإن المسئولية المترتبة على عدم تنفيذه لا يمكن أن تكون إلا مسئولية مترتبة على التأخير في الوفاء به. ولما كانت الفوائد التأخيرية لا تعدو أن تكون تعويضاً مقدراً بنص القانون أو بحكم الاتفاق، فيجب أن تتوافر لاستحقاقها شروط استحقاق التنفيذ بطريق التعويض وهذه الشروط، هي توافر أركان المسئولية المدنية الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما، يضاف إليها إعذار المدين. إلا أن المشرع العراقي خرج على القواعد العامة في استحقاق فوائد التأخير وأجرى تحويراً على قواعد المسئولية، تناول إثبات أركانها مراعياً مصلحة الدائن، وتناول شرط الإعذار، فتشدد حياله رعاية لمصلحة المدين.

ففي دائرة أركان المسئولية، لم يشترط القانون لاستحقاق فوائد التأخير إثبات حدوث ضرر يصاب به الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه في الميعاد المتفق عليه ولم يكلف الدائن بإثبات وجوده ومقداره. ذلك لأنه افترض تحقق الضرر بسبب التأخر في الوفاء فرضاً غير قابل لإثبات العكس ولم يمكن المدين من نفي وقوعه. وذلك تقديراً منه للنظام الاقتصادي المعاصر الذي ييسر استثمار النقود ويجعل منها قابلة للتوظيف والاستثمار دائماً. فإذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود في الميعاد المتفق عليه، يكون قد حرم الدائن من الفوائد التي كان يجنيها من توظيفها فيما لو سلمت إليه في الأجل المحدد، أو حمله فوائد المبالغ التي اقترضها معتمداً في تسديد القرض على وفاء الدين بالتزامه في ميعاده. وهو يلحق ضرراً بالمدين في الحالتين. ولم يقف القانون عند حد افتراض وجود الضرر وإنما تعدى ذلك إلى افتراض مقداره. فلم يجز المطالبة بزيادة أو بإنقاص فوائد التأخير، قانونية أو اتفاقية، إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر.

وإذا كان القانون يفترض وجود الضرر ولا يحمل الدائن عبء إثباته، فأن ذلك يستتبع حتماً افتراض توافر العلاقة السببية. وهذا الافتراض لا يقبل إثبات العكس. ذلك لأنه إذا انتفت ضرورة إثبات الضرر فلا محل لإثبات العلاقة السببية بين

الضرر وبين الخطأ. أما بالنسبة لعنصر الخطأ، وهو ركن من أركان المسئولية، فإن القانون قدر أن خطأ المدين في التأخر عن الوفاء هو التأخير في حد ذاته. ذلك لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود من أجل معين هو التزام بتحقيق نتيجة لأنه التزام بنقل ملكية. وإذا لم تتحقق النتيجة في تنفيذ هذا الالتزام ثبت الخطأ. والنتيجة لن تتحقق إلا إذا تم الوفاء في ميعاد معين.

وخلاصة ما تقدم ذكره، أنه لا حاجة لإثبات شرطين من شروط المسئولية المدنية هما الضرر والعلاقة السببية، لافتراضهما من قبل القانون فرضاً غير قابل لإثبات العكس. أما شرط الخطأ فقد تحور ليبدو في صورة مجرد التأخر في الوفاء.

٧٨ـ الشرط الثالث: مطالبة الدائن بفوائد التأخير مطالبة قضائية

وإذا كان القانون قد خرج على القواعد العامة لاستحقاق التعويض في دائرة إثبات أركان المسئولية مراعاة لمصلحة الدائن، فإنه خرج عليها كذلك بالنسبة لشرط الإعذار رعاية لمصلحة المدين.

فلا يكفي الإعذار لاستحقاق الفوائد، كما هو الشأن بالنسبة لغير الفوائد من صور التعويض، وإنما تشدد القانون بدافع من كراهته للربا وتطلب المطالبة القضائية لاستحقاقها. و لم يكتف بالمطالبة بأصل الدين لسريانها، كما هو الشأن في استحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ، بل حدد تاريخ المطالبة بها كميعاد لسريانها إمعاناً منه في التنكر للربا. وبذلك قضت المادة ١٧١ السالف ذكرها. وعليه فإن استحقاق فوائد التأخير رهن بالمطالبة القضائية بها دون أن تكفي المطالبة بأصل الدين. وينبغي طلب الفوائد في عريضة الدعوى. ولذلك فإن الفوائد لا تسري إذا كانت عريضة الدعوى باطلة، أو سقطت الخصومة أو تركت، أو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة.

ويلاحظ، أن قاعدة استحقاق الفوائد منذ تأريخ المطالبة القضائية بها ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على ما يخالفها. وقد يجري العرف على غير مقتضاها وقد ينص القانون على عكسها. وإلى ذلك أشار الشطر الأخير من المادة ١٧١. فقد

يتفق الطرفان على سريان الفوائد منذ تاريخ ثبوت الدين في ذمة المدين، أو من وقت الإعذار، أو منذ حلول أجل الدين. وينبغي أن يلاحظ أن الاتفاق المعدل لحكم القانون لا محل له في دائرة القواعد القانونية. إذ لا وجود للاتفاق بين الطرفين بصددها، ويظل الأصل في سريانها المطالبة القضائية، وقد يجري العرف على تحديد ميعاد آخر لسريانها غير تاريخ المطالبة القضائية، كما هو الشأن بالنسبة للحساب الجاري. حيث تسري الفوائد فيه من وقت الخصم والإضافة. وقد ينص القانون على استثناءات لشرط المطالبة القضائية فيحدد وقتاً آخر لسريانها في حالات ينص عليها، كأن يكون من وقت الإعذار أو من تأريخ القيام بعمل معين. وهي حالات أشرنا إليها في بحثنا في الإعذار[1].

٧٩ـ شروط استحقاق الفوائد التعويضية

تستحق الفوائد التعويضية عند توافر شرطين:

أولهما، أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتـــزام. وفي ذلك لا تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التعويضية، لأن الفوائد، قانونيـــة أو اتفاقية، لا تستحق إلا عند توافر هذا الشرط. ولا حاجة بنا إلى إعادة ما سبق تفصيله.

وثانيهما، أن يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. فاتفاق الدائن مع المدين بشأنها شرط لاستحقاقها. فلا يلتزم المشتري بدفع الفوائد على الثمن المؤجل، ولا المقترِض بدفع فوائد المبلغ المقتَرض، إلا عند الاتفاق عليها. وبذلك قضت المادة ٦٩٢ من قانوننا المدني بقولها: (لا تجب الفائدة في القرض إلا إذا اشترطت في العقد). وإذا كان استحقاقها يتم عن طريق الاتفاق، فإن الاتفاق يتناول تحديد سعرها كذلك، على أن لا يتعدى الحد الأعلى الذي قرره القانون.

٨٠ ـ تحديد سعر الفائدة

وضحَ فيما تقدم، أن الفوائد تكون على نوعين: تأخيرية وتعويضية. وأنها تبدو في

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ١٩٠.

صورتين: اتفاقية وهي ما يفرضها الاتفاق ويحدد مقدارها، وقانونية وهي ما يتكفل القانون بفرض استحقاقها ويتولى تحديد سعرها. كما اتضح، أن الفوائد التعويضية تكون فوائد اتفاقية، أما الفوائد التأخيرية فقد تكون اتفاقية وقد تكون قانونية.

وقد تدخل القانون بدافع من كراهة الربا في التشريعات كافة، وفي القوانين الإسلامية خاصة، في تحديد سعر الفائدة. فتدخل ليفرض حداً أعلى لسعر الفائدة الاتفاقية لا يجوز أن يتجاوزه اتفاق المتعاقدين. ونزل بالسعر عن الحد المقرر في حالات نص عليها. ولكنه أجاز الزيادة على الحد المقرر في حالات تولّى تحديدها نزولاً عند مقتضيات العدالة. وقد قام المشرع العراقي بهذا التحديد في صلب قانونه المدني. وينبغي أن يلاحظ، أن القانون المدني العراقي ما دام قد أجاز الفوائد وتدخل في تحديد سعرها، فإن احتسابها يتم طبقاً للتقويم الميلادي وبذلك قضت المادة ١٧١ فيه.

فقد حدد القانون المدني العراقي في المادة ١٧١ السابق ذكرها سعر الفوائد القانونية. وجعله أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. والفوائد القانونية كما ذكرنا لا يمكن أن تكون إلا فوائد تأخيرية. لأن الفوائد التأخيرية ترصد التعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير في الوفاء. فان لم يتم الاتفاق على استحقاق الفائدة وتحديد سعرها، تدخل القانون ففرض استحقاقها بسعر يتولى بنفسه تحديده. والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية والتجارية. إذ تحتسب الفائدة بالسعر القانوني في المسائل المدنية إذا كان المدين غير تاجر وإن كان الدائن تاجراً والمعاملة تجارية.

أما الفوائد الاتفاقية فقد ترك القانون تحديدها إلى إرادة المتعاقدين بشرط أن لا يزيد سعرها على سبعة في المائة. ويجوز أن تقل عن السعر القانوني طبقاً لما تم عليه الاتفاق. وإلى هذه الفوائد أشارت الفقرة الأولى من المادة ١٩٢ (م.ع) وقضت بما يأتي: (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر).

٨١ ـ جواز تخفيض سعر الفائدة أو إسقاطها:[١]

يجوز تخفيض سعر الفائدة أو الحكم بعدم استحقاقها في حالات ابتغى فيها المشرع العراقي محاربة الربا الفاحش، نحصرها فيما يأتي:

أولاً: الفائدة المستترة:

وعليها نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ (م.ع) بقولها: (وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها اشترطها الدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة).

ثانياً ـ تسبب الدائن بخطئه في إطالة أمد النزاع:

وإلى ذلك أشارت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٢ (م.ع) بقولها: (أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع بخطئه، فللمحكمة أن تخفض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية، أو أن لا تقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر). وتعتبر هذه الحالة تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

ثالثاً ـ الفائدة على متجمد الفوائد، أو الفائدة المركبة:

وإلى الفائدة المركبة أشارت المادة ١٧٤ من قانوننا المدني في شطرها الأول فنصت على ما يأتي: (لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية).

وتعني الفائدة المركبة إضافة الفوائد التي استحقت ولم تدفع إلى رأس المال، وتقاضى فوائد قانونية أو اتفاقية على المبلغ الجديد الناتج عن الإضافة. وبالنظر إلى ما تنطوي عليه هذه الفائدة من تضخم الدين عن طريقها وزيادة أعباء المدين، فقد حرمتها بعض القوانين المدنية الحديثة، ومنها قانوننا.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك. عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ١٩٥- ٢٠١

ومع ذلك، يستثنى من قاعدة تحريم الفائدة المركبة ما جرت عليه القواعد والعادات التجارية، وإلى ذلك أشار الشطر الأخير من المادة ١٧٤ المشار إليها.

رابعاً ـ زيادة مجموع الفوائد على رأس المال:

وهي حالة نص عليها الشطر الثاني من المادة ١٧٤ من قانوننا المدني بقوله: (ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن أكثر من رأس المال). وبمقتضى هذه المادة لا يجوز أن يتجاوز مجموع الفوائد التأخيرية أو مجموع الفوائد التعويضية أو مجموعها عند احتسابها معاً على مقدار رأس المال. فإن تجاوزه التزم المدين بدفع ما يساوي رأس المال من فوائد فحسب.

ومع ذلك فإن هناك قيدين يردان على قاعدة عدم تجاوز الفوائد مقدار رأس المال هما:

أولاً ـ يصح تجاوز الفوائد مقدار رأس المال إذا جرت القواعد والعادات التجارية على ذلك. وهو قيد نستفيده من الشطر الأخير من المادة ١٧٤. فيجوز في الحساب الجاري بمقتضى العرف التجاري زيادة الفوائد على رأس المال، نظراً لجواز تقاضي الفائدة المركبة فيه ولأن السعر القانوني للفائدة التجارية فيه لا يخضع لما فرضه القانون من تحديد لسعر الفائدة القانونية، كما سنرى.

ثانياً ـ ويصح التجاوز إذا تعددت الصفقات. لأن النص منع التجاوز على رأس المال في الصفقة الواحدة. بشرط أن لا يقع التعدد تحايلاً على حكم القانون، كأن يتم تجزئه الصفقة إلى صفقتين تجزئة صورية.

٨٣ ـ جواز تخطي حدود الفائدة المقررة قانوناً:

يجوز تخطي حدود الفوائد التي قررها القانون في الحالتين الآتيتين اللتين نص عليهما القانون المدني العراقي.

أولاهما: إذا تسبب المدين بغشه أو بخطئه الجسيم في إلحاق ضرر بالدائن يجاوز في مقداره الفوائد المستحقة، فللدائن عندئذ أن يطالب بتعويض تكميلي أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ من قانوننا بقولها: (يجوز للدائن أن يطالب بتعويض

تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم).

وثانيهما: جواز أن يتجاوز السعر القانوني للفوائد التجارية، السعر الذي حدده القانون في الحساب الجاري وفقاً للعرف التجاري. وإلى هذه الحالة أشارت المادة ١٧٥ من قانوننا المدني بقولها: (الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات. ويتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري).

٨٣ ـ خصائص الفوائد

عند التمعن في طبيعة الفائدة وشروط استحقاقها والحدود التي قررها القانون لسعرها، يسعنا القول أنها تتميز بالخصائص الثلاث الآتية:

أولاً ـ أنها تعويض تولى القانون بنفسه تقديره. وبسبب ذلك سميت الفوائد بالتعويض القانوني. فقد تكفل القانون بتحديدها وكان في ذلك مدفوعاً بعاملين. أولهما، أن النقود رأس مال مثمر، يقبل التوظيف والاستثمار ويدر النفع دائماً. وثانيهما، أن الحاجة الماسة إلى النقود في ضوء تعقد الحياة وكثرة متطلباتها وطبيعة النظام الاقتصادي وحاجته إلى توظيف النقود واستثمارها أمور تفسح المجال لاستغلال المدين وتفتح منفذاً يتسرب منه الربا الفاحش.

ثانياً ـ أنها تعويض خرج فيه المشرع على القواعد العامة للمسئولية المدنية، تأثراً منه بطبيعة النظام الاقتصادي المعاصر ابتغاء رعاية مصلحة الدائن تارة ومصلحة المدين تارة أخرى على النحو الذي تقدم ذكره.

ثالثاً ـ أنها تعويض تمادى المشرع في التدخل في نطاقه إمعاناً منه في محاربة الربا. ويبدو هذا التدخل في صور شتى. فقد أحل المشرع إرادته محل إرادة المتعاقدين تارة. وأهدر حكم الإرادة حيناً. وعدل في شروط العقد إلى المدى الذي تقتضيه الحيلولة دون استغلال المدين وإرهاقه حيناً آخر.

الفصل الثالث

حَق الضَّمان العَام وَوَسائِل المحَافظةِ عَلَيه

٨٤ ـ حق الضمان العام.

إذا ترتب الالتزام في ذمة شخص، نشأ حق الدائن تجاه مدينه وأمكنه الحصول عليه عن طريق التنفيذ الجبري، عينياً كان أم بطريق التعويض، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً. ذلك لأن الالتزام لم يعد علاقة بين شخصين يخول الدائن سلطة على شخص مدينه، وإنما تغيرت النظرة إليه فأضحى علاقة بين ذمتين. ولما كان حق الدائن يبدو عديم الفائدة إذا لم يسعفه القانون بضمان، فإن الذمة المالية للمدين أضحت هي الضمان العام لحقوق الدائنين.

والذمة المالية تعني مجموع ما للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد والتزامات ناشئة أو قد تنشأ. فهي لا تشمل الحقوق والالتزامات القائمة فحسب، وإنما تشمل ما يجد منها في المستقبل أيضاً. وهذا ما يفسر قدرة الدائن على التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكه وقت نشوء الدين، وعدم استطاعته التنفيذ على مال خرج من ملك المدين وقت التنفيذ وكان عنصراً من عناصر ذمته وقت نشوء حق الدائن. كما يفسر عدم انقضاء الدين إلا بقدر ما يسدد منه، إذا نفذ الدائن على أموال مدينه وجرده من كل ما يملك، ولكن الدين لم يسدد كاملاً. إذ أن كل ما يئول إلى المدين من مال في المستقبل يدخل في ضمان الدائن ويستطيع التنفيذ عليه. وإذا كانت الذمة المالية تضم ما للشخص من حقوق تمثل العناصر الموجبة فيها، وما عليه من التزامات تعني العناصر السالبة في الذمة، فإن الدائن يقتضي حقه من العناصر الموجبة القائمة في ذمة مدينه وقت التنفيذ.

يتضح مما تقدم، أن جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلة تضمن الوفاء بحقوق دائنيه، وأن أي مال من أمواله يضمن الوفاء بجميع ديونه، وأن أي دين من ديونه تضمنه جميع أمواله. وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٦٠ من القانون المدني العراقي بقولها: (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه).

ولذلك يستطيع الدائن أن ينفـــذ على أي مال يملكه الدائن وقت التنفيذ عقاراً أو

منقولاً، لاستيفاء حقه إلا ما استثناه القانون منها مراعاة لاعتبارات مختلفة أشار إليها كل من قانون المرافعات وقانون التنفيذ. فلم يجز القانون التنفيذ على بعض أموال المدين لعدم جواز النزول عنها للغير أو لترك الحد الأدنى من لوازم العيش له رفقاً به. ولم يجز القانون التنفيذ على أموال أخرى إلا لتسديد حقوق معينة، أو وفق شروط معينة، أو في حدود نسبة معينة منها.

٨٥ ـ خصائص الضمان العام واختلافه عن الضمان الخاص أو التأمين العيني

تعتبر أموال المدين جميعها ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة. ويسمى الدائن بحق شخصي دائناً عادياً، تمييزاً له عن الدائن بحق عيني، كأصحاب الحقوق العينية الذين يتمتع بعضهما كأصحاب الحقوق العينية التبعية بضمانات أو تأمينات خاصة إضافة إلى الضمان العام. ويتميز الضمان العام بالخصائص الثلاث الآتية:

أولاً ـ أنه لا يخول حق أفضلية لدائن عادي على غيره. فالدائنون كافة متساوون قانوناً في هذا الضمان العام. وبذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٠ من قانوننا المدني بقولها: (وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون). وهذا يعني، أن لكل دائن الحق في أن ينفذ على أي مال من أموال مدينه، لا فرق في ذلك بين الدائن العادي وبين الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز. وأن للدائنين الآخرين الحق في التدخل في الإجراءات التي اتخذها أحدهم. كما أن لهم الحق في مشاركته في حصيلة إجراءاته لاستيفاء حقوقهم منها. فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على مال المدين فيما بينها. وإن لم يكف الثمن للوفاء بحقوقهم كاملة فيقسم بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم إلى مجموع الديون.

وإذا كان لأصحاب الحقوق العينية التبعية، كالدائن المرتهن والدائن الممتاز حق التقدم على غيرهم من الدائنين العاديين، فإن ذلك لا يمس طبيعة الضمان العام، وإنما يترتب على ما لهم من ضمان خاص يخولهم حق التقدم على الدائنين العاديين في اقتضاء حقوقهم من ثمن المال الذي ورد عليه الحق العيني التبعي وأصبح تأميناً عينياً

لاستيفائه. ذلك لأن لأصحاب الحقوق العينية التبعية ضمانان. أحدهما عام يتمثل في جميع أموال المدين. وثانيهما خاص، هو المال الذي ورد عليه الحق. وحقهم في التقدم يتحدد بثمن المال الذي انصب عليه الحق العين التبعي، على اعتباره ضماناً أو تأميناً خاصاً، دون غيره من أموال المدين. وإذا لم يكف ثمنه لإيفاء الحق العيني كاملاً، انقلب صاحب الحق العيني التبعي إلى دائن عادي بالنسبة لما لم يستوفه من حقه وتساوى وغيره من الدائنين في الضمان العام.

وجدير بالذكر، أن ما نص عليه القانون من مساواة بين الدائنين، لا تعدو أن تكون مساواة قانونية وليست فعلية. فقد يبادر بعض الدائنين إلى التنفيذ وتتوافر في إجراءاتهم شروطه ويقتضون حقوقهم قبل سواهم دون التعرض لمشاركتهم في ثمرة التنفيذ. ذلك لأن التنفيذ يتطلب شرطين. أولهما، أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وغير متنازع في وجوده وفي مقداره، وثانيهما، أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ، ومن لا يتوافر هذان الشرطان في حقه لا يشارك غيره في إجراءات التنفيذ أو في حصيلته.

ثانياً ـ أنه لا يخول الدائن العادي حق تتبع ما يخرج من ملك المدين من مال. فلا يستطيع الدائن العادي ملاحقة مال المدين إلى أي يد انتقل إليها. ذلك لأن حقه يترتب في ذمة المدين المالية دون أن ينصب على مال معين تجوز ملاحقته. فإذا خرج المال من ملك المدين بالبيع، سرى البيع في مواجهة الدائن. وإذا فقد المدين مالاً من أمواله، امتنع على المدين تتبعه. وفي ذلك يختلف الضمان العام عن الضمان الخاص أو التأمين العيني. ففي الضمان العام، تتحدد أموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها بما يملكه وقت التنفيذ، ولا سبيل للدائن إلى ما خرج من ملك مدينه من مال قبلئذ. وفي الضمان الخاص، وهو ما يثبت لأصحاب الحقوق العينية التبعية يتعلق الحق بمال معين بذاته تجوز ملاحقته متى انتقل من يد إلى أخرى.

ثالثاً ـ أنه لا يخول للدائن حق التدخل في إدارة المدين أمواله والتصرف فيها فحق المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة ديونه أو بتعدد دائنيه، وإنما يظل

حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ، أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في أمواله إذا اعتبر مفلساً.

ويستوي الضمان العام والضمان الخاص من حيث عدم الحيلولة دون المدين والتصرف في أمواله، ولكنهما يختلفان من حيث التأثير على مدى قدرته على التصرف فيها. ذلك لأن الضمان الخاص يثقل مال المدين ويفرض على التصرف فيه قيوداً تشل حرية المدين في التصرف في المال الذي قدمه ضماناً خاصاً لاستيفاء دين ما

٨٦ ـ وسائل حماية حقوق الدائنين

وإذا كان القانون قد اعتبر جميع أموال المدين ضماناً عاماً لحقوق دائنيه، فإن هذا الضمان لا تبدو جدواه ولا يظهر أثره إلا عند الشروع في اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين. أما قبلئذ فإن المدين يكون حراً في إدارة أمواله وفي التصرف فيها لأن الضمان العام لا يغل يده ولا يؤثر في حريته هذه كما ذكرنا. وعليه فإن مصلحة الدائنين تقتضي المحافظة على أموال المدين والإبقاء على ذمته المالية مليئة كي تزيد فرص استيفائهم حقوقهم. فإذا أهمل المدين المحافظة على حقوقه أو المطالبة بها أو أقدم على تصرف في ماله، مادياً أو قانونياً، جدياً أو صورياً، بقصد إنقاص أمواله الضامنة لحقوق دائنيه من طريق إنقاص حقوقه أو زيادة ديونه فما من شك في أن ذلك الإهمال وهذا التصرف سيلحقان ضرراً بالدائنين لما يترتب عليهما من إنقاص للضمان العام لحقوقهم. ولذلك كان لا بد للقانون من تأكيد هذا الضمان بحماية الدائن ضد إهمال المدين أو ضد تصرفاته المنطوية على الغش في الفترة الزمنية السابقة على التنفيذ. فقرر وسائل مختلفة لتحقيق هذا الغرض، يستعين بها الدائن للمحافظة على ضمانه ولحماية حقه تيسيراً للحصول عليه. وتعرف هذه الوسائل باسم الوسائل الممهدة للتنفيذ.

٨٧ ـ تحديد معنى الوسائل الممهدة للتنفيذ

إن وسائل المحافظة على الضمان العام تبدو على نوعين: أولهما، الوسائل التحفظية وثانيهما الوسائل الممهدة للتنفيذ. وهذه الوسائل بنوعيها تختلف عن الوسائل التنفيذية من حيث الغرض والشروط.

فهي تختلف عن الوسائل التنفيذية لأنها تهدف إلى حماية حق الدائن عن طريق المحافظة على أموال المدين الضامنة لديونه. وهي لا تشترط في حق الدائن أن يكون في مرتبة قصوى من القوة يؤكدها ثبوته في سند تنفيذ. أما الوسائل التنفيذية فترمي إلى تمكين الدائن من استيفاء حقه من أثمان أموال المدين عن طريق الحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني من قبل السلطة المختصة بالتنفيذ وهي في العراق غالباً ما تكون دائرة التنفيذ. وتشترط في حق الدائن أن تتوافر فيه عناصر القوة التي تؤهله للتنفيذ الفوري وهي أن يكون: محققاً ومقدراً ومستحق الأداء وثابتاً في سند تنفيذ واجب النفاذ وقد تولى كل من قانون المرافعات وقانون التنفيذ الكلام على هذه الوسائل.

ولكن الوسائل الممهدة للتنفيذ تقف وسطاً من حيث الغرض والأثر بين الوسائل التحفظية وبين الوسائل التنفيذية. فهي لا ترمي إلى مجرد المحافظة على أموال المدين كالوسائل التحفظية التي تهدف إلى المحافظة على ذمة المدين المالية تارة كوضع الأختام على أموال المدين أو تحرير جرد بها عند موته أو إفلاسه، أو إلى المحافظة على حق الدائن تارة أخرى كتسجيل رهن ضامن لحقه وكقطع تقادم بالنسبة لحقه. وهي لا تهدف إلى التنفيذ على أموال المدين كالوسائل التنفيذية. وإنما تقصد التمهيد للتنفيذ دون أن تستغرقه. فهي أقوى أثراً من الوسائل التحفظية وأضعف تأثيراً من الوسائل التنفيذية. فلا يترتب عليها مجرد المحافظة على أموال المدين أو على حق المدين أو على حق الدائن كالوسائل التحفظية، ولا ينتج عند استيفاء حق الدائن كالوسائل التنفيذية. وإنما هي تذهب إلى مدى أبعد مما تقطعه الوسائل التحفظية وأقصر مما تبتغيه الوسائل التنفيذية. إذ هي تهدف إلى حماية حقوق الدائنين وتسهيل استيفائها عن طريق التغلب على إهمال المدين أو غشه وسوء نيته وإن لم يتحقق استيفاء الحقوق عن طريقها مباشرة.

٨٨ ــ حصر الوسائل الممهدة للتنفيذ

نشأت هذه الوسائل عن أصل واحد هو مبدأ الضمان العام. وتأسست على، ما يفيده هذا المبدأ من أن كل دين من ديون المدين تضمنه أموال المدين جميعها، وأن

للدائن الحق في الرقابة على أموال مدينه ليأمن على ضمانه العام من الانتقاص. وهي وسائل متعددة ذكر المشرع العراقي في تقنينه المدني خمساً منها. هي دعاوى ثلاث وإجراءان. أما الدعاوى فهي: الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ودعوى الصورية. وأما الإجراءان فهما الحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس. ويلاحظ أن المشرع تكلم عليها باستثناء دعوى الصورية في باب آثار الالتزام، أما دعوى الصورية فقد عالجها في ثلاث مواد في الفرع الذي عقده لآثار العقد.

٨٨ ـ تقسيم البحث

وسنتكلم على هذه الدعاوى الثلاث والإجرائين في هذا الفصل[١]. وسنوزعه على خمسة مباحث، مفردين لكل دعوى أو إجراء مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

٨٩ ـ نصوص تشريعية

أفرد المشرع العراقي للدعوى غير المباشرة مادتين نستخلص منهما طبيعتها والغرض منها وأسسها وشروطها وآثارها. فنصت المادة ٢٦١ على ما يأتي: (يجوز لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إلا ما اتصل منها بشخصه خاصة أو كان منها غير قابل للحجز. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن إهماله في ذلك من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار. وقضت المادة ٢٦٢ بما يلي: (يعتبر الدائن في استعماله مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه).

---

(١) انظر في تفصيلها: عبد الباقي البكري. تنفيذ الالتزام. ص ٢١٤- ٤٩٩

٩٠ ـ الغرض من هذه الدعوى.

تهدف هذه الدعوى إلى حماية الدائن من الضرر الذي يصيبه نتيجة إهمال المدين من استعمال حق من حقوقه. والمدين قد يتعمد الإهمال في استعمال حقوقه إذا كان في وضع مالي سيئ، لعلمه بأن أثر الإهمال لن يصيبه وإنما سيلحق بدائنيه وأنه لن يستفيد من استعمالها لأن نتيجتها ستؤول إلى ذمته المالية ليستوفي الدائنون منها حقوقهم.

٩١ ـ طبيعة هذه الدعوى

تقف هذه الدعوى وسطاً بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية. فهي لا تهدف إلى مجرد المحافظة على أموال المدين، وإنما ترمي إلى استعمال حق قصر المدين في استعماله إهمالاً أو عمداً. كما أن مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذاً لحقه ولا وسيلة لاستيفائه، وإنما هي للتنفيذ فحسب. فما تحفظه هذه الدعوى من حق، يكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه باللجوء إلى وسائل التنفيذ.

ولفظ الدعوى الذي يطلق عليها لفظ غير دقيق، وإن سميت كذلك جرياً مع الغالب[١] . ذلك لأن كل حق يجيز القانون للدائن استعماله نيابة عن مدينه عند توافر شروط معينة يجوز استعماله في صورة دعوى، كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري ليطالبه بالثمن إذا لم يقم البائع بذلك، كما يجوز استعماله في صورة إجراء لا يوصف بأنه دعوى، كأن يقوم دائن المنتفع من اشتراط لمصلحة الغير بقبول الاشتراط.

وتوصف بأنها دعوى غير مباشرة، لأن الدائن يقتضي حقه بطريق غير مباشر هو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد. ولأن الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن وبين مدين مدينه.

---

(١) سليمان مرقس. المرجع السابق. ص ٦٦٢

٩٢ _ أساسها القانوني

تقوم هذه الدعوى على أسس ثلاثة. أولها، حق الضمان العام، وما يفيده من اعتبار أموال المدين ضمانة وفاء ديونه، وما يقتضيه من وقاية الدائن من خطر نقص العناصر الموجبة في ذمة المدين. وثانيها، وجود مصلحة عاجلة مشروعة للدائن تجيز له استعمال حقوق مدينه باسم المدين إذا أثبت أن المدين لم يستعمل حقوقه، وأن من شأن عدم استعماله حقوقه التسبب في إعساره أو زيادة إعساره. وعدم استعمال المدين حقوقه يكفي وحده لإثبات إهماله. وثالثها نيابة الدائن عن مدينه. وهي نيابة قانونية لأنها بفرض القانون وليست وليدة اتفاق. ولكنها نيابة من نوع خاص. ذلك لأن الأصل في النيابة أنها تتقرر لمصلحة المنوب عنه: وهي في الدعوى غير المباشرة مقررة لمصلحة النائب الدائن لا لمصلحة الأصيل المدين. ولما كانت النيابة مقررة لمصلحة النائب دون الأصيل، فقد تطلب القانون إدخال الأصيل خصماً في الدعوى التي يباشرها النائب نيابة عنه. وفي ذلك خروج على طبيعة النيابة وأحكامها.

٩٣ _ تقسيم المبحث

والبحث في الدعوى غير المباشرة يقتضينا بعد تفهمنا غرضها وطبيعتها وأساسها الإلمام بشروطها والإحاطة علماً بآثارها. ولذلك سنوزع هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
شروط الدعوى غير المباشرة

٩٤ _ بيان هذه الشروط وأنواعها

إن إمعان النظر في نص المادة ٢٦١ السالف ذكرها، يكشف عن شروط هذه الدعوى. وتبدو شروطها على نوعين. أولهما، الشروط الموضوعية. وثانيهما الشروط الإجرائية. أما الشروط الموضوعية فتوزع على ثلاث فئات. أولاها، الشروط المتصلة بحق الدائن. ثانيتها، الشروط التي ترجع إلى المدين. ثالثتها، الشروط المتصلة بالحق

الذي يستعمله الدائن. وأما الشروط الإجرائية فشرطان: أولهما، أن يستعمل حق مدينه باسم المدين. ثانيهما، أن يدخل المدين خصماً في الدعوى. وسنتكلم على جميع هذه الشروط تباعاً فيما يلي:

٩٥ ـ الشروط الموضوعية المتصلة بحق الدائن

يشترط في حق الدائن أن يكون محققاً. فالحقوق تتفاوت من حيث القوة وتتدرج من الضعف إلى القوة على النحو الآتي: (١) الحق غير المحقق وهو الحق الاحتمالي أو الحق المتنازع فيه. وهو أضعف الحقوق. (٢) الحق المحقق غير المقدر. كالحق في التعويض قبل تقديره. (٣) الحق المحقق المقدر. (٤) الحق المستحق الأداء، أي غير المؤجل. (٥) الحق الواجب التنفيذ، أي الثابت في سند تنفيذه، وهو أقواها.

وقد اكتفى القانون في حق الدائن، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتهناً أو دائناً له حق امتياز أن يكون محققاً مؤكداً وإن كان غير معين المقدار. فيجوز للمتضرر من عمل غير مشروع أن يستعمل حقوق مدينه قبل صدور الحكم بالتعويض ما دامت له مصلحة مشروعة في استعمالها. ولم يشترط القانون في حق الدائن أن يكون واجب التنفيذ أو مستحق الأداء، لأن شرط الاستحقاق ضروري لاتخاذ إجراءات التنفيذ واستعمال حق المدين ليس إجراء من إجراءاتها. إلا أنه لا يجوز استعمال حق المدين من قبل من كان حقه احتمالياً كحق الوارث قبل موت المورث، أو من قبل من كان حقه متنازعاً فيه. ويحق للدائن مباشرة هذه الدعوى وإن كان الحق مقترناً بأجل واقف أو بأجل فاسخ، لأن الحق يعتبر محققاً بالرغم من قيام الأجل. كما يجوز للدائن مباشرتها وإن كان حقه معلقاً على شرط فاسخ، لأن حقه يكون محقق الوجود وإن كان مؤقتاً، وتوقيته لا يكون مبرراً للحيلولة دون حماية صاحبه. أما الحق المعلق على شرط واقف فإنه حق غير محقق الوجود لأن وجوده رهن بتحقيق الشرط.

٩٦ ـ الشروط الموضوعية التي ترجع إلى المدين

وهما شرطان يردان إلى فكرة المصلحة المشروعة العاجلة للدائن.

أولهما: تقصير المدين في عدم استعمال حقه.

أن عدم استعمال المدين حقه قد ينتج عن عمد نكاية بالدائنين، وقد ينتج عن إهمال. ويقع عبء إثبات التقصير على عاتق الدائن. ويكفي لثبوت التقصير أن يثبت الدائن أن المدين قد تأخر في استعماله حقه عن الوقت الذي لا يسمح الرجل المعتاد لنفسه أن يتركه ينقضي دون استعمال الحق، دونما حاجة لإثبات تقصير معين في جانب المدين. فيكفي أن يثبت الدائن أن المدين تراخى في رفع الدعوى بحقه، أو أنه رفعها ثم توقف في مباشرة إجراءاتها. وللمدين أن ينفي هذا التقصير، كأن يثبت أن في الوقت متسعاً لمباشرة حقه بنفسه. وينتفي تقصير المدين إذا نشط بعد إهمال وأراد مباشرة حقه بنفسه بعد أن كان الدائن قد تولى ذلك. وله أن يوقف المضي في الدعوى بعد رفعها من قبل الدائن إذا اتفق المدين مع مدينه على إنهاء النزاع صلحاً. ولا يجوز للدائن الاعتراض على ذلك إلا إذا انطوى الصلح على إضرار به. وللدائن عندئذ أن يطعن في الصلح بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه[1].

وثانيهما: تسبب عدم استعمال الحق من قبل المدين في إعساره أو في زيادة إعساره.

ويقصد بالإعسار لرفع هذه الدعوى، الإعسار الفعلي وليس الإعسار القانوني. ويراد بالإعسار الفعلي زيادة ديون المدين على حقوقه مما يحول بين الدائن وبين استيفاء حقه كاملاً عند التنفيذ. أما الإعسار القانوني فيتطلب حكماً لشهره وفق شروط وإجراءات معينة.

وبمقتضى نص المادة ٢٦١، لا يجوز للدائن استعمال حق مدينه إذا قصر في استعماله، إلا إذا انطوى التقصير على أضرار بالدائن، كأن يكون قد تسبب في إعساره أو زاد في

---

(١) السنهوري. نظرية العقد. ص ٧٥٩

إعساره. فإذا كان المدين موسراً، امتنع على الدائن استعمال حقه وإن أدى عدم الاستعمال إلى ضياع الحق، ولا يجوز له استعمال حق مدينه وإن أدى عدم الاستعمال إلى إعسار المدين إذا كان للدائن تأمين عيني يضمن الوفاء بحقه كاملاً. كما تنتفي مصلحة الدائنين الشخصيين كافة في إقامة هذه الدعوى إذا انصبت هذه الدعوى على استرداد عين مثقلة بحقوق رهن تستغرق قيمتها. وعلى الدائن واجب إثبات ترتب إعسار المدين أو زيادة إعساره على تقصيره في المحافظة على أمواله.

٩٧ـ الشروط الموضوعية المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن

الأصل أن كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوى وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين، إذا أثبت تقصير المدين في استعمالها، وأفضى تقصيره إلى الإضرار بحقوق الدائنين فللدائن أن يقطع التقادم ضد المدين وأن يطالب بحقوقه المتعرضة للسقوط بالتقادم. وله أن يسجل عقود الشراء والرهن المترتبة له. وله أن يطعن في الأحكام الصادرة ضده، فيترافع ويتمسك بالدفوع نيابة عنه. وله أن يباشر كل ما من شأنه صيانة حقوق مدينه من الضياع، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية.

ومع ذلك فإن الشطر الأول من المادة ٢٦١ حدد مجال استعمال الدعوى غير المباشرة. وبمقتضاه ينبغي أن يكون ما يستعمله الدائن باسم مدينه حقاً وليس مجرد رخصة. والرخصة لا تمثل قيمة مالية وإنما هي مكنة اكتساب الحق وليست حقاً. سواء كانت مكنة عامة يشترك فيها المدين وغيره كمكنة البيع أو التأخير أو رفض صفقة أو كانت مكنة خاصة تختص بالمدين وحده كمكنة أخذ عقار بالشفعة أو قبول هبة. ذلك لأن استعمال المكنة يكون رهناً بمشيئة صاحبها. ويجب أن يكون ما يستعمله الدائن حقاً مالياً للمدين. أما الحقوق التي لا تتحول إلى مبلغ من المال يضاف إلى ذمة المدين فلا شأن للدائنين بها، كالحقوق العامة وحقوق الأسرة وإن ترتب على استعمالها كسب حقوق مالية، فليس للدائن أن يرفع نيابة عن مدينه دعوى طلاق وإن كانت تفضي إلى تخفيف عبء مالي عنه هو انقطاع التزامه بالنفقة. ولا يجوز للدائن

استعمال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين خاصة، لأنها تقوم على اعتبارات أدبية يناط تقديرها بالمدين وحده. كحق الواهب في الرجوع في الهبة. ولا يجوز للدائن كذلك استعمال حقوق مدينه المالية غير القابلة للحجز عليها. لأنها لا تدخل في الضمان العام. ذلك لأن الحجز هو طريق التنفيذ، والتنفيذ هو وسيلة الدائن في استيفاء حقه. وما لا يجوز حجزه لا يجوز للدائن استعماله لانعدام مصلحته. ولا يجوز للدائن أن يباشر حقوقاً للمدين تكون مثقلة بحقوق للغير تستغرق قيمتها، لانتفاء مصلحة الدائنين في مباشرتها. كاستعمال حق للمدين في استرداد عين يملكها من يد الحائز، إذا كانت العين مرهونة لضمان دين يجاوز مقداره قيمتها.

٩٨ـ الشروط الإجرائية

ويقصد بها الإجراءات الواجب استيفاؤها لمباشرة الدعوى غير المباشرة. وهما شرطان. يتعلق أحدهما بالدائن. ويتصل ثانيهما بالمدين.

أما الأول، فهو وجوب أن يستمل الدائن حق مدينه باسم المدين. وهو شرط تطلبته المادة ٢٦١ واعتبرت الدائن نائباً عن المدين في هذه الدعوى. وعليه أن يباشرها باسم مدينه شأنه شأن أي نائب يباشر حقوق الأصيل. فإن باشرها باسمه ردت دعواه لانعدام الصفة. ولا يشترط أن يذكر الدائن في عريضة الدعوى أنه يعمل باسم مدينه إذا أمكن إدراك نيابته من فحوى هذه العريضة. إلا أن نيابة المدين في هذه الدعوى تتميز بصفات ثلاث. أولاها، أنه يستمدها من القانون. فهي نيابة قانونية، وثانيتها: أنها نيابة مفروضة على الأصيل لمصلحة الدائن. وثالثتها: أنها تقتصر على استعمال حق المدين دون أن تتعداه إلى التصرف فيه.

وأما الشرط الثاني، فهو وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى. ذلك لأن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يسري في حق المدين، ولا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه وإلى دائنيه كافة إلا إذا كان خصماً في الدعوى. فإذا أهمل الدائن ذلك، جاز للمدين أن يدخل طرفاً في الدعوى من تلقاء نفسه، وجــاز لمدين

المدين طلب إدخاله، وجاز للمحكمة أن تدخله من تلقاء نفسها[1].

المطلب الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة

٩٩ ـ رد الآثار إلى فكرتي النيابة والضمان العام

إن آثار الدعوى غير المباشرة ترجع إلى فكرتي النيابة القانونية والضمان العام. فالدائن ينوب عن مدينه نيابة قانونية، ولكنها من نوع خاص. لأنها مقررة لمصلحة النائب وليست لمصلحة الأصيل، ولأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه. وهذه النيابة يفرضها القانون تقديراً لمصلحة الدائن العاجلة المشروعة في استعمال حقوق مدينه. كما أن فكرة الضمان العام، هي التي تجيز للدائن العمل على المحافظة على أموال مدينه الضامنة لحقوقه. وهي التي تمكن سائر الدائنين من مشاركة الدائن الذي استعمل حق مدينه في ثمار دعواه أو إجراءاته، وإن لم يدخلوا طرفاً في الدعوى أو يسهموا في الإجراءات، دون أن يستقل من باشرها بها.

١٠٠ ـ آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى المدين وهو الأصيل

لا يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يستعمله الدائن نيابة عنه. فيظل حر التصرف في حقه ولا ترفع يده عنه. فإن كان الشيء الذي ورد عليه حقه عيناً، جاز له بيعها أو هبتها، وإن كان حقه ديناً جاز له التصرف فيه بالحوالة. وللمدين أن يتصالح على الحق، وأن يترل عنه ديناً أو عيناً. وللمدين أن يستوفي حقاً من دائنه قد يخفيه ويعتبر الوفاء صحيحاً. وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة أو بالإبراء أو باتحاد الذمة، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد رفعها. ويكون تصرف المدين نافذاً في حق الدائن. ولمدين المدين التمسك به في مواجهة الدائن. إلا أن للدائن حق الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه عند توافر شروطها.

---

(١) أوبري وردو جـ٤ ف ٣١٢. السنهوري. الوسيط. جـ٢ ق ٥٣٩

١٠١ـ آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى الخصم وهو مدين المدين.

لما كان الدائن يعتبر في مواجهة الخصم نائباً عن المدين، فإن الخصم يستطيع أن يدفع في مواجهته بجميع الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها في مواجهة دائنه، وهو مدين الدائن رافع الدعوى. فله أن يتمسك في مواجهته بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء والتجديد والمقاصة والتقادم، سواء وقع السبب قبل رفع الدعوى أو أثنائها. وله أن يدفع ببطلان التصرف المنشئ للحق موضوع الدعوى. وله أن يدفع بإجازة المدين للتصرف وإن وقعت بعد رفع الدعوى. كما أن له أن يتمسك بكل اتفاق تم بين المدين وبينه يتعلق بالحق موضوع الدعوى من صلح أو تنازل. وللخصم أن يوفي للدائن ما ترتب له في ذمة المدين وتزول عندئذ عن الدائن صفته ويتوقف عن السير في الدعوى، إذا كانت للخصم مصلحة في الوفاء كما لو كان الدين المترتب في ذمته للمدين يزيد على الدين الثابت في ذمة المدين للدائن.

ولما كان الدائن نائباً عن المدين في هذه الدعوى فليس له حق أكثر مما للمدين نفسه. فلا يجوز له أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ليس في وسع المدين أن يسلكه فيما لو رفع الدعوى باسمه. وإذا كان في وسع الخصم أن يدفع دعوى الدائن بجميع الدفوع التي يتمسك بها في مواجهة المدين، فليس له أن يدفع الدعوى بدفوع خاصة بشخص الدائن.

١٠٢ـ آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للدائن ولغيره من الدائنين

وإلى هذه الطائفة من الآثار أشار الشطر الأخير من المادة ٢٦٢، وبمقتضاه لا يستأثر الدائن رافع الدعوى بنتيجتها وحده، وإنما يتعرض لمزاحمة الدائنين استناداً إلى فكرتي الضمان العام والنيابة القانونية.

ذلك لأن الدائن إذا كان ينوب عن المدين في هذه الدعوى فإن نيابته تقتصر على استعمال الحق فحسب. وإذا صدر الحكم لصالحه كان حكماً لصالح المدين، لأن كل فائدة تنتج عن استعمال حق المدين تدخل في أموال الأخير وتكون عنصراً من عناصر

ذمته التي تعتبر ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة. وعندئذ يفيد الدائن رافع الـــدعوى كما يفيد منها غيره من الدائنين، سواء من دخل منهم خصماً في الدعوى أو مـــن لم يدخل.

يتضح من ذلك، أن الحكم الصادر في هذه الدعوى لا يستأثر به رافعها، وإنما يكون شأنه شأن غيره من الدائنين فيتعرض لمزاحمتهم في اقتضاء الديون من الحق المحكوم به. وللدائنين جميعاً حق التنفيذ عليه واقتسام ثمنه فيما بينهم قسمة غرماء إن لم يكف للوفاء بحقوقهم كاملة. وقد يكون لأحدهم حق التقدم على غيره، كأن يكون له حق رهن أو امتياز، فيتقاضى حقه قبل الجميع وقد يستغرق الوفاء بحقه مال المدين فيحرم رافع الدعوى حتى من استيفاء بعض حقه. والواقع، أن رفع الدعوى لا يقرر امتيازاً لرافعها على غيره من الدائنين. وإنما تكون المبادرة إلى التنفيذ على أموال المدين هي المؤدية إلى آستيفاء بعض الدائنين حقوقهم قبل غيرهم. ولذلك يحتاط الدائن رافع الدعوى تفادياً لمزاحمة الدائنين له، فيتخذ إلى جانب إجراءات رفع الدعوى غير المباشرة إجراءات التنفيذ التي تكفل له الاستيلاء على ما يحكم له به والتنفيذ عليه لاستيفاء حقه. وإذا شرع الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ تجنب مبادرة المدين إلى التصرف في حقه. وإذا أتم وحده إجراءات التنفيذ تجنب مزاحمة باقي الدائنين.

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

١٠٣ـ تعريفها

تعرف هذه الدعوى، بأنها دعوى يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به والصادرة من مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين، عن طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات كي لا تكون نافذ في حقه.

١٠٤ـ أصلها وطبيعتها والحكمة منها(١)

سميت هذه الدعوى البولصية نسبة إلى القاضي الروماني بولص الذي ابتدعها، وإن أضحت هذه النسبة محل شك في الفقه المعاصر.

وقد انتقلت هذه الدعوى باسمها التقليدي إلى القانون الفرنسي القديم وإن ندر استعمالها في ظله. ثم تلقفها القانون المدني الفرنسي وإن لم يعن ببيان شروطها وتفصيل أحكامها. ولذلك عمد الفقه والقضاء المعاصران إلى تلافي النقص. وبرزت لها تسمية أخرى هي دعوى إبطال التصرفات، وهي تسمية غير صحيحة لا تنسجم وطبيعة الدعوى وآثارها. إلا أن الفقه والقضاء المصريين عملا على تدارك القصور. وأحاطا هذه الدعوى بعناية ملحوظة. فوضعا الكثير من الأحكام لها وأطلقا عليها تسمية دقيقة تنسجم وطبيعتها وآثارها، هي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه. ثم تولى مشرع القانون المدني المصري تنقيح ما وضعه الفقه والقضاء. وقد اقتبس المشرع العراقي تسميتها من المشرع المصري، وأخذ عنه أحكامها وزاد فيها تفصيلاً ودقة. وخصها بسبع مواد هي المواد ٢٦٣ـ ٢٦٩ من القانون المدني العراقي.

يتضح في تعريفنا لهذه الدعوى ومن تطور أحكامها، أنها دعوى لا تفضي إلى بطلان التصرف الذي يجريه المدين، وإنما تؤدي إلى عدم سريان تصرف المدين في حق دائنه. ويظل تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر إليه التصرف.

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة. فهي تهدف إلى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. كما أنها تهدف في الوقت نفسه إلى حماية الدائنين من غش المدين المعسر، عن طريق المطالبة بعدم سريان أثر تصرفه في مواجهتهم كي لا يضاروا به. ذلك لأن المدين قد يعمد إذا ساءت حالته المالية إلى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه. فقد يبيع أمواله الظاهرة ويخفي ثمنها. وقد يحابي بعض ذوي قرباه وأصدقائه

---

(١) السنهوري. الوسيط جـ٢. ف ٥٦٧. مرقس. المرجع السابق ف ٦٧٧ مونييه. القانون الروماني. جـ ٢. ف ١٧٩

فيبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبهم إياه. وقد يقدم دائناً على غيره ليكون بمنجى من قسمة الغرماء فيسدد له حقه كاملاً.

١٠٥ـ المقارنة بين دعوى عدم نفاذ تصرف المدين وبين الدعوى غير المباشرة

تتماثل هاتان الدعويان في أمرين، وتختلفان في أمور ثلاثة.

أما ما تتماثلان فيه، فأولهما، أن كلتيهما تهدفان إلى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. وثانيهما، أن كلاً منهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه تصرف يلحق ضرراً بدائنيه.

وأما ما تختلفان فيه، فأولها، أن دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه ترمي إلى حماية الدائن من غش المدين وتهريب أمواله من متناول أيدي دائنيه، أما الدعوى غير المباشرة فترمي إلى رقابة الدائن من إهمال مدينه في المحافظة على حقوقه. وثانيها، أن الدائن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين خلافاً للدعوى غير المباشرة التي يقيمها الدائن باسم مدينه ويستعمل فيها حقوقه نيابة عنه ليخاصم فيها شخصاً غيره. وثالثها، أن أثر دعوى عدم نفاذ التصرف ينصرف إلى الدائنين، أما أثر الدعوى غير المباشرة فينصرف إلى المدين وتئول نتيجتها إليه مباشرة وإن أفاد منها دائنوه بصورة غير مباشرة.

١٠٦ـ تقادم دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه وسقوطها

قضت المادة ٢٦٩ من القانون المدني العراقي بما يأتي: (لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف).

وبمقتضى هذا النص تسقط هذه الدعوى بأقصر المدتين الآتيتين. أولاهما، بمضي ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ التصرف ولا من تاريخ علم الدائن بصدوره، وإنما من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه، كإعسار المدين وغشه

وتواطئه مع من تعاقد مع إذا كان التصرف معاوضة. وثانيتها، بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ صدور التصرف. فتسقط الدعوى بمضي هذه المدة بالنسبة إلى الدائنين كافة وإن كانوا يجهلون سبب عدم نفاذ التصرف أو لا يعلمون بصدوره. وتسقط هذه الدعوى بأقصر المدتين. فإذا صدر التصرف ولم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذه في حقه إلا بعد مضي ثلاث عشرة سنة من صدوره تعذر عليه رفع الدعوى بعد مضي سنتين من تاريخ علمه بسبب عدم النفاذ. وإذا علم بسبب عدم النفاذ بعد مضي تسع سنوات من صدور التصرف حق له الطعن فيه خلال السنوات الثلاث التالية. وتترتب على هذا الحكم النتائج الآتية:

أولاًـ لما كانت المدة القصيرة لسقوط الدعوى ترتبط بعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، فإن الدائنين إذا تعددوا واختلفت تواريخ علمهم بسبب عدم النفاذ، سرت المدة بالنسبة إلى كل منهم من تاريخ علمه. وإذا سقطت المدة بالنسبة إلى أحدهم لمضي المدة القصيرة تعذر عليه أن يشارك باقي الدائنين في التنفيذ على المال محل التصرف.

ثانياًـ وإذا انقضت المدة القصيرة بالنسبة إلى الدائن، كان لدائني المتصرف أن يتمسكوا بسقوط دعواه في مواجهته إذا أراد الطعن في هذا التصرف. وهم في ذلك يحولون بين الدائن وبين التنفيذ على المال محل التصرف، ويحرمونه من مشاركتهم في التنفيذ عليه.

ثالثاًـ وإذا مضت خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف امتنع على الدائنين كافة رفع هذه الدعوى ولو جهلوا صدور التصرف أو سبب عدم نفاذه في حقهم وهذه المدة، خلافاً للمدة القصيرة ليست مدة تقادم وإنما هي مدة سقوط كي لا يبقى مصير تصرف المدين معلقاً إلى أمد غير محدود. ولذلك فهي لا تقف بالعذر الشرعي ولا تنقطع بأحد أسباب انقطاع مدة التقادم. أما المدة القصيرة فمدة تقادم يمنع مضيها سماع الدعوى ولكنها تقف بالعذر الشرعي وتقبل الانقطاع.

١٠٧ـ تقسيم البحث

ولكي نلم ببقية أحكام دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه بعد إحاطتنا علماً ببعض أحكامها يحسن بنا توزيع هذا المبحث على مطلبين. نعقد أولهما للكلام على شروط هذه الدعوى. ونفرد ثانيهما للبحث في آثارها.

المطلب الأول

شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

١٠٨ـ نصوص تشريعية

حدد المشرع العراقي شروط هذه الدعوى في مواد ثلاث. قضت المادة ٢٦٣ بما يأتي: (يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية). ونصت المادة ٢٦٤ على ما يلي:

١- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. ومجرد علم المدين أنه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه، كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم بذلك.

٢- أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن، حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية، وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.

٣- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف، إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً).

وجاء في المادة ٢٦٥ ما يأتي: (إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها).

يتضح من هذه النصوص الثلاثة، أن شروط هذه الدعوى على ثلاثة أنواع: أولها، ما يرجع إلى الدائن ويتصل بحقه. وثانيها، ما يتصل بالتصرف المطعون فيه. وثالثها، ما يرجع إلى المدين وإلى خلفه. وسنتكلم على هذه الأنواع الثلاثة من الشروط فيما يلي، علماً بأن هذه الشروط جميعاً تقوم على فكرتين هما: الغش الذي صدر من المدين والضرر الذي أصاب الدائن. وبمقتضاهما منح المشرع هذه الدعوى للدائن متى تصرف المدين غشاً في ماله وأضعف تصرفه الضمان العام لحقوق دائنيه.

١٠٩ـ الشروط التي ترجع إلى الدائن وتتصل بحقه

وهما شرطان. أولهما، أن يكون حق الدائن مستحق الأداء. وثانيهما، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه.

أما الشرط الأول فمفاده، أن مباشرة هذه الدعوى تقتضي أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ به إذا تم ثبوته في سند تنفيذ. ويكون الحق كذلك إذا كان مستحق الأداء.

لأن الدائن سيحصل على سند تنفيذ عند الحكم في هذه الدعوى. ذلك لأن هذه الدعوى أقرب إلى إجراءات التنفيذ منها إلى الإجراءات التحفظية. ففي هذه الدعوى يقيم الدائن الدعوى باسم ويهاجم تصرفات مدينه ليعطل آثارها بالنسبة إليه كي يستأثر بثمرتها وينفذ عليها.

وأما الشرط الثاني فيقتضي أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه. وذلك لسببين. أولهما، أنه ليس للدائن أن ينظم من تصرف أجراه المدين، إلا إذا كان المال محل التصرف موجوداً في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن. وثانيهما، أن من

المتعذر تصور غش المدين إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على تصرفه[1] . فلا يجوز لشخص أن يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء التصرف، لتعذر الادعاء بأن المدين قصد من تصرفه الإضرار به.

والعبرة في احتساب أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه. ويقع عبء إثبات أسبقية تاريخ حق الدائن في الوجود على تاريخ صدور التصرف المطعون فيه على عاتق الدائن، لأنه هو المدعي وهو المكلف بإثبات شروط هذه الدعوى. ويجري الإثبات وفقاً للقواعد العامة.

١١٠ـ الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

يرفع الدائن دعوى عدم نفاذ التصرف للطعن في عمل قام به مدينه، صدر عن غش منه وألحق به ضرراً. وينبغي في العمل المطعون فيه أن يكون تصرفاً قانونياً، سواء صدر من جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل عن حق عيني والإجازة والإقرار والوقف، أو صدر من الجانبين وهو العقد. وسواء كان العقد ملزماً لجانب واحد كالهبة أو ملزماً للجانبين كالبيع. وسواء كان العقد معاوضة كالقسمة أو كان تبرعاً كالقرض والهبة دون عوض. ويلاحظ أن كلاً من البيع والهبة إذا وقعا في مرض الموت كان حكمهما حكم الوصية، وتكون هذه التصرفات غير نافذة في حقه دون حاجة إلى الطعن فيها بهذه الدعوى.

أما إذا كان عمل المدين عملاً مادياً فلا يجوز الطعن فيه بهذه الدعوى وإن أدى إلى إعساره أو إلى زيادة إعساره. فإذا تسبب المدين في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع صدر منه والتزم بتعويض أدى إلى إعساره، فليس في وسع الدائن الطعن في هذا العمل، لأنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن.

ويشترط في التصرف لإمكان الطعن فيه بهذه الدعوى شرطان: أولهما، أن يكون مفقراً للمدين. وثانيهما، أن يكون ضاراً بالدائن.

---

(١) السنهوري. الوسيط جـ٢. ف ٥٨١

أما عن الشرط الأول، فيمكن القول أن تصرفات المدين من حيث تأثيرها في ذمته المالية تكون على أنواع أربعة. أولها، أن يمتنع المدين في تصرفه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن زيادة حقوقه. كأن يرفض هبة عرضت عليه. ثانيها، أن يمتنع عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن إنقاص التزاماته. كأن يرفض إبراء من دين في ذمته. ثالثها، أن ينقص في تصرفه من حقوقه. كأن يتصرف في عين يملكها بالبيع أو الهبة. ورابعها، أن يزيد في تصرفه في التزاماته. كأن يقترض أو يشتري عيناً بثمن يزيد على قيمتها. وما يعتبر تصرفاً مفقراً للمدين طبقاً لحكم المادة ٢٦٣ من القانون المدني العراقي هو كل من التصرف الذي ينقص من حقوق المدين والتصرف الذي يزيد في التزاماته، دون التصرفين اللذين يمتنع فيهما عن تقوية ذمته المالية.

وأما الشرط الثاني، ومفاده أن يكون التصرف ضاراً بالدائن، فيعني أن الضرر إذا انتفى، انعدمت مصلحة الدائن في الطعن في تصرف مدينه وتعذر عليه رفع هذه الدعوى. ويقصد بالضرر، الحيلولة دون استيفاء الدائن حقه كاملاً بسبب ما يترتب على تصرف المدين من إعساره أو الزيادة في إعساره. ومع ذلك، فليس كل تصرف يقوم به المدين ويفضي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره، يلحق ضرراً بدائنيه. لأن تصرف المدين لا يكون ضاراً بدائنيه إلا إذا توافرت فيه أمور ثلاثة. أولها، أن يرد التصرف المطعون فيه على حق يفيد الدائن. وثانيها، أن يكون التصرف المطعون فيه تالياً في صدوره لنشوء حق الدائن. وثالثها، أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو إلى زيادة في إعساره. ولما كنا قد ألحقنا أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه في الوجود بالشروط المتصلة بحق الدائن، فإن الكلام على الضرر الذي ينطوي عليه تصرف المدين يقتضينا البحث في الأمرين الآخرين.

أما أولهما، فهو ورود التصرف على حق مفيد للدائن. ويقصد بالحق المفيد للدائن، الحق الذي يعتمد عليه في استيفاء دينه منه. فإن لم يكن الحق مفيداً له، انعدمت مصلحته في الطعن في تصرف مدينه لعدم تضرره منه. ويكون الحق مفيداً للدائن في

الأحوال الآتية: (١) إذا كان من الجائز التنفيذ عليه. أما إذا كان محل التصرف مالاً لا يجوز الحجز عليه كالنفقة والرواتب فيما يجاوز النسبة المقررة قانوناً، فلا فائدة للدائن من الطعن في التصرف. (٢) إذا لم يؤد الطعن في التصرف إلى استعمال الدائن حقاً متصلاً بشخص المدين. أما إذا تعلق التصرف بحق يتصل بشخص المدين، كالتنازل عن حقه في الرجوع في الهبة أو عن حقه في التعويض عن ضرر أدبي، فإن الطعن لن يكون مجدياً. ذلك لأن الدائن لو نجح في طعنه وأعاد إلى مدينه حقه في الرجوع في الهبة أو في المطالبة بالتعويض، فليس في وسعه استعماله باسم المدين لزيادة الضمان العام، وذلك بسبب تعلقه بشخص المدين. (٣) أن لا تنعدم مصلحة الدائن في الطعن في التصرف، وإن ورد على حق يقبل التنفيذ عليه ولا يتعلق بشخص المدين. فلو تصرف المدين في مال مثقل بحقوق عينية لغير الدائن، وكانت قيمة الحقوق العينية الثابتة للغير تستغرق قيمة المال، فليس للدائن مصلحة في الطعن في التصرف.

وأما ثانيهما، فهو تسبب التصرف في إعسار المدين أو في زيادة إعساره. والمقصود بالإعسار في هذه الدعوى هو المراد به في الدعوى غير المباشرة، وهو الإعسار الفعلي. ويعني أن لا تكون للمدين من الأموال الظاهرة التي تقبل التنفيذ عليها ما يكفي لتسديد ديونه المستحقة الأداء. وإذا كانت المادة ٢٦٥ من قانوننا المدني التي سيجيء ذكرها لم تشر إلى وصف الديون، إلا أن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً[١] يتطلب في الإعسار الفعلي أن تكون الديون مستحقة الأداء قياساً على الإعسار القانوني. وقد تطلبت المادة ٢٦٣ للطعن في تصرف المدين أن يؤدي تصرفه إلى إعساره إذا كان موسراً قبل صدور التصرف، أو أن يؤدي إلى زيادة إعساره إذا كان معسراً قبل صدوره. ولذلك لا يعتبر تصرف المدين ضاراً بدائنه إذا لم يجعل المدين معسراً وقت صدوره وإن تحقق إعساره بسبب لاحق. كما يمتنع على الدائن الطعن في تصرف مدينه إذا كان معسراً وتصرف تصرفاً بعوض لم يؤد إلى زيادة إعساره، كأن يكون

---

(١) إسماعيل غانم. أحكام الالتزام. ب ١١١. أنور سلطان. أحكام الالتزام جـ٢ ص ١٣٩

قد باع مالاً بثمن المثل وأودع الثمن في صندوق المحكمة، واشترى مالاً آخر تعادل قيمته قيمة المبيع. ويحق للدائن الطعن في أي تصرف يجريه المدين إذا أدى إلى إعساره أو إلى زيادة إعساره، كالوفاء بدين قبل استحقاقه، وكتقديم تأمين لأحد الدائنين تفصيلاً له على غيره، وكالهبة والبيع بثمن بخس أو بثمن جدي أخفاه أو بدده، وكشراء بثمن باهظ محاباة للبائع وإضراراً بالدائن. ويشترط كذلك للطعن في تصرف المدين بقاء إعساره إلى وقت رفع الدعوى كي تكون للدائن مصلحة في رفعها. ولذلك لا يجوز للدائن الطعن في تصرف أجراه المدين وتسبب في إعساره أو زيادة في إعساره إذا أصبح المدين موسراً بعد صدوره وقبل رفع الدعوى، كأن يكون قد تلقى هبة أو ميراثاً وزال إعساره. أما عبء إثبات الإعسار فقد وزعته المادة ٢٦٥ من القانون المدني العراقي بين الدائن والمدين بقصد تيسير الإثبات على الدائن، خروجاً على القاعدة العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على المدعي وهو هنا الدائن الطاعن في تصرف مدينه. فنصت على ما يأتي: (إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها).

١١١ـ الشروط التي ترجع إلى المدين وخلفه

اشترطت المادة ٢٦٤ من قانوننا المدني المار ذكرها في مستهل هذا المطب، صدور التصرف عن غش وتواطؤ إذا كان معاوضة ولم يشترط توافرها في تبرعات المدين.

أما الغش فيقصد به نية الإضرار بالدائن وقت صدور التصرف. وأما التواطؤ فيعني توافر قصد الغش لدى كل من المدين ومن صدر له التصرف وقت صدوره. والحق، أن شرط الغش يعتبر أبرز شروط هذه الدعوى، بل وفيه يمكن تجميع كل شروطها. ذلك لأن الغش لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائن كان حقه مستحق الأداء وثابتاً له قبل صدور التصرف لأنه تسبب في إعساره أو في زيادته.

ولذلك يعتبر الغش وهو الباعث على تصرف المدين، العنصر النفسي في هذه الدعوى. ليقابل عنصر الضرر الذي يعتبر العنصر المادي فيها. ويختلف الغش في هذه الدعوى عن التدليس، وإن كانا تطبيقين للنظرية العامة في الغش في أمور ثلاثة. أولها. أن التدليس يقترن بطرق احتيالية، أما الغش فإنه لا يقترن بها. ثانيها، أن التدليس يوجه إلى المتعاقد الآخر بقصد الإضرار به، أما الغش فيوجه إلى الغير وهو الدائن في هذه الدعوى. وثالثها، أن جزاء الغش في هذه الدعوى هو عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، أما جزاء التدليس فهو إبطال العقد إذا كان تدليساً عند تكوينه، ويكون تعويضاً إذا كان تدليساً عند تنفيذه(١). وقد أطلق المشرع العراقي على التدليس عند تكوين العقد اسم التغرير واعتبره من عيوب الإرادة إذا اقترن بغبن فاحش.

لقد وقف المشرع العراقي موقفاً خاصاً حيال الغش في هذه الدعوى. ويبدو ذلك في موضعين. أولهما، أنه ميز بين المعاوضات وبين التبرعات من حيث اشتراط الغش والتواطؤ في الأولى دون الثانية. وثانيهما، أنه يسر على الدائن إثباتها في عقود المعاوضات بما أقامه من قرائن.

والواقع، أن البحث في شرط الغش والتواطؤ يقتضينا التمييز بين حالتين. أولاهما، الطعن في التصرف الصادر من المدين إلى خلفه، وهو من تلقى الحق منه. وثانيتهما، الطعن في تصرف المدين إذا أقدم خلفه على التصرف في الحق الذي تلقاه منه إلى خلف ثان. وسنتكلم عليهما بإيجاز فيما يلي.

١١٢ـ الحالة الأولى: الطعن بهذه الدعوى في التصرف الصادر من المدين إلى خلفه

فرق المشرع من حيث اشتراط الغش والتواطؤ بين أعمال المعاوضات التي تصدر من المدين وبين تبرعاته. فاشترط صدور التصرف عن غش من المدين وعن تواطؤ بينه وبين المتصرف إليه، إذا كان تصرف معاوضة. أما في تبرعاته فقد اكتفى بالشروط

---

(١) السنهوري. الوسيط جـ٢. ف ١٠٣٥

المتصلة بحق الدائن وبالشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه دون اشتراط الغش والتواطؤ. وعلة هذه التفرقة، هي المفاضلة بين حق الدائن وبين حق الخلف. ففي المعاوضة يكون حق كل منهما قد ترتب بمقابل. ومصلحة الدائن في دفع الضرر عنه بنزع المال من الخلف، تقابلها مصلحة الخلف في الاحتفاظ بالمال الذي دفع عنه عوضاً، وفي نزع المال منه ضرر يلحقه. ولذلك كان لا بد لتفضيل أي من المصلحتين على الأخرى من وجود عنصر مرجح لإحداهما على الثانية.

وقد وجد المشرع في غش المدين وتواطئه مع من صدر إليه التصرف العنصر المرجح لمصلحة الدائن، أما في عقود التبرعات، فالمفاضلة تقوم بين مصلحة الدائن وبين مصلحة المتبرع له الذي تلقى الحق دون مقابل. وفي نزع المال من الخلف تفويت لمصلحة أصابها دون أن يصيبه ضرر مؤكد. ولذلك ينبغي ترجيح مصلحة الدائن على مصلحة الخلف مراعاة لقواعد العدالة التي تقضي بأن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة ولذلك فإن المشرع العراقي قضى بالحكمين الآتيين بناءً على هذه التفرقة:

أولهما، يشترط لعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه إذا كان معاوضة، غش المدين وعلم من مصدر له التصرف بالغش. وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا حيال إثبات الغش، فإن المشرّع العراقي أراد به قصد الإضرار بالغير ولكنه أقام قرينة تيسر للدائن إثباته، هي إقامة الدليل على أن التصرف صدر من المدين وهو عالم بأنه يسبب إعساره أو يزيد في إعساره وهو معنى يستنتج من نص المادة ٢٦٣ وإن جاء نصها على النحو الآتي: (ومجرد علم المدين أنه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه). وإثبات علم المدين عند التصرف بأنه معسر أو أنه يزيد في إعساره عبء ملقى على عاتق الدائن لأنه هو المدعي، إلا أن للدائن أن يستخلص هذا العلم من ظروف الدعوى. ولكن هذه القرينة التي أقامها القانون على وجود الغش في جانب المدين ليست قاطعة، وإنما يمكن نفي دلالتها وإثبات عكسها. فيستطيع المدين نفيها بإثبات أنه لم يقصد الإضرار بدائنيه بالرغم من علمه بإعساره. وأن تصرفه صدر عن باعث

آخر. كتوفير حاجاته الضرورية، أو تلبية لواجب أدبي، أو استجابة لما تقتضيه مستلزمات مهنته، أو أنه أقدم على التصرف اعتقاداً منه أن تصرفه يكون سبباً لرواج بضاعته وعودته إلى الميسرة(١) . ولا يكفي للطعن في التصرف انطواؤه على غش المدين، وإنما يجب إثبات علم من صدر له التصرف بهذا الغش، ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية.

وبإثبات علم المتصرف له بغش المدين يتحقق التواطؤ. وقد يسر القانون على الدائن إثبات علم المتصرف له بغش المدين بقرينة قانونية أقامها. هي، إثبات الدائن علم من صدر له التصرف وقت صدوره بأنه يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره.

كما أضاف المشرع قرينة قانونية أخرى في عجز الفقرة الأولى من المادة ٢٦٤ مفادها: (أو كان ينبغي أن يعلم ذلك). أي أنه يكتفي من الدائن لإثبات علم من صدر له التصرف بغش المدين، أن يثبت أنه كان ينبغي على المتصرف إليه أن يعلم أن تصرف المدين بسبب إعساره أو يزيد فيه. ويستنتج توافر هذه القرينة من ظروف الحال. كأن تكون بين المدين وبين من صدر له التصرف صلة قربى أو علاقة زوجية أو صداقة حميمة. ومع ذلك، فإن هاتين القرينتين غير قاطعتين. إذ يحق لمن صدر له التصرف نقض أي منهما. فيجوز لمن تلقى الحق من المدين إثبات حسن نيته وجهله بقصد إضرار الدائن بمدينه بالرغم من علمه بأن المدين معسر. كأن يثبت أن التصرف الصادر إليه من المدين تصرف مألوف تقتضيه أعمال مهنته. وعلى العموم فإن وجود الغش والتواطؤ مسألة تخضع لتقدير القاضي ولا رقابة لمحكمة التمييز على تقديره. وثانيهما، لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من صدر إليه التصرف لعدم نفاذه في حق الدائن، إذا وقع تصرف المدين تبرعاً. وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٤ من قانوننا المدني. وبمقتضاها، يكتفي من الدائن للطعن في تصرف مدينه إذا كان تبرعاً كأن يهب بعض ماله، أن يثبت أن تصرف المدين أدى إلى إعساره أو إلى

(١) أحمد حشت أوسيت. نظرية الالتزام. ف ٦٣٨

الزيادة فيه دون أن يكلف بإثبات علم المدين بأنه معسر وعلم خلفه بإعساره. وبالنظر إلى أهمية التمييز بين معاوضات المدين وتبرعاته لاختلاف شروط الطعن فيها، فقد أقر الفقه التكييف الآتي (١) في الحالات التي يدق التمييز بينها. (١) يعتبر القرض بفائدة معاوضة، أما القرض بغير فائدة فيعتبر تبرعاً. (٢) إذا انطوى عقد المعاوضة على غبن فاحش يبدو بسببه تبرعاً، فإنه يعتبر معاوضة إذا كان العوض جدياً ليكون الغبن الفاحش قرينة على الغش، ويعتبر تبرعاً إذا كان العوض تافهاً وغير جدي. (٣) إذا بدا العقد معاوضة من ناحية أحد العاقدين وتبرعاً من ناحية العاقد الآخر، كعقد الكفالة دون عوض الذي يعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الدائن، كانت العبرة في تحديد طبيعة التصرف هي بالنظر إلى الدائن، المتصرف له. (٤) وإذا دخل في الهبة عنصر المعاوضة بحيث تنتفي منها صفة التبرع اعتبرت معاوضة. كالهبة بعوض إذا كان العوض قيماً، وكالهبة الصادرة اعترافاً بجميل أو نظير خدمة إذا بولغ في قيمتها وانطوت المبالغة على قصد الإضرار بالدائنين.

١١٢ـ الحالة الثانية: الطعن بهذه الدعوى، إذا تصرف الخلف في الحق الذي تلقاه من المدين إلى خلف ثان. وهي حالة تعرض إذا أقدم من تلقى الحق من المدين إلى التصرف فيه إلى خلف آخر، ولم يكن التصرف الصادر إلى الخلف الأول قد حكم بنفاذه في حق الدائن. وإليها أشارت الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٤ من قانوننا المدني المتقدم ذكرها. ويفهم منها ما يلي: (١) إذا كان كل من تصرف المدين وتصرف الخلف معاوضة، فيشترط توافر الغش في جانب كل من المدين والخلف الأول والخلف الثاني، كي لا ينفذ التصرف في حق الدائن. (٢) وإذا كان تصرف كل من المدين والخلف تبرعاً، كانا غير نافذين في حق الدائن، دون اشتراط إثبات الغش. (٣) وإذا اختلف التصرفان فكان أحدهما معاوضة والأخر تبرعاً، اشترط الغش حيث يكون التصرف معاوضة، واعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن دون شرط إذا كان تبرعاً.

---

(١) بودري وبارد. جـ١. ف ٦٦١. السنهوري. نظرية العقد. ص ٨٠٢

١١٤ـ صور لدعوى عدم نفاذ التصرف قررها القانون المدني العراقي

إذا كانت هذه الدعوى لا حصر لتطبيقاتها، إلا أن المشرع العراقي أسوة بالمشرع المصري نص على بعض صورها، إما حسماً لاختلاف ثار في الفقه والقضاء بشأن توافر شروط رفعها، أو إقراراً منه بخروج بعضها على القواعد العامة. وما نص عليه القانون العراقي، هي الصور الثلاث الآتية:

أولاها، الطعن في تفضيل دائن على آخر دون حق، بتقرير ضمان خاص له. وتعني هذه الصورة أن المدين المعسر قد يلجأ إلى تفضيل دائن على آخر بأن يقدم له سبباً من أسباب التقدم على غيره لم يكن متوافراً له عند نشوء حقه. كأن يقرر له ضماناً خاصاً كرهن حيازة أو رهن تأميني على بعض أمواله، سواء تم تقريره بمقابل كما لو مد الدائن في أجل الدين أو حط الدائن مقداراً من دينه، أو تم تقريره تبرعاً. وإذا كان تصرف المدين هذا مبعث خلاف في الفقه والقضاء بصدد جواز الطعن في هذه التصرف على اعتباره ضاراً بالدائنين أو عدم جواز الطعن فيه لأن الدائن حصل على تأمين لحقه وهو أمر مشروع[١]، إلا أن المشرع العراقي قطع في الأمر وقضى في الفقرة الأولى من المادة ٢٦٨ بما يأتي: (إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة). وإذا بدا هذا النص وكأنه يوحي بأن أثر الطعن في تصرف المدين يقتصر على حرمان الدائن من تقدمه فحسب، وأن حكمه يقتصر على الحالة التي يصدر فيها تصرف المدين عن غش منه، فإن الحقيقة ليست كذلك. فأفضلية الدائن على سواه من طريق ما حصل عليه من ضمان خاص هو كل الميزة المترتبة على تصرف المدين، وحرمانه منها يعني تجريد تصرف المدين من أثره بالنسبة للدائنين، ويكون غير نافذ في حقهم شأنه شأن أي تصرف آخر يحكم بعدم نفاذه. إن إشارة النص إلى الحالة التي يصدر فيها تصرف المدين عن غش منه لا يعني عدم جواز الطعن في أي تصرف آخر يصدر من المدين ويفضل به

---

(١) السنهوري. الوسيط ج ـ٢. ص ١٠١٦. إسماعيل غانم. المرجع السابق. ف ١١٥

دائناً على آخر متى سمحت بذلك القواعد العامة لهذه الدعوى ولذلك ينبغي التمييز بين تصرفات المدين التي يفضل بها أحد دائنيه على غيره. فإذا كان المدين قد تلقى من دائنه مقابلاً نظير تصرفه اعتبر التصرف معاوضة ووجب على الدائن الطاعن في التصرف إثبات غش كل من المدين والدائن المتصرف إليه، أي إثبات أن الضمان الخاص قدم نتيجة تواطؤ بينهما. أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً، فإن الدائن في طعنه لا يكلف بإثبات الغش والتواطؤ. وإذا نجح الدائن في طعنه حرم من قدم له الضمان الخاص من ميزة التقدم واعتبر ما قدم له غير نافذ في حق سائر الدائنين.

ثانيتها، الطعن في إيثار المدين المعسر أحد دائنيه بالوفاء دون غيره. وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٨ من قانوننا المدني بقولها: (وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الأجل، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء حتى لو حصل بعد حلول الأجل إذا كان هذا الوفاء قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه). ومفاد هذا النص، جواز الطعن في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه. إلا أنه يجب التمييز بين حالتين في الوفاء. أولاهما، الوفاء بدين مستحق الأداء. وثانيهما، الوفاء بدين مؤجل يتم قبل حلول ميعاد استحقاقه. وفي الحالة الأولى، اعتبر المشرع الوفاء بدين حال، أي المستحق الأداء، في منزلة المعاوضات لانعدام قصد التبرع فيه. واشترط لعدم نفاذه في حق باقي الدائنين غش المدين ووقوعه نتيجة تواطؤ بينه وبين من وفى له المدين حقه. أما في الحالة الثانية، وهي الوفاء بدين مؤجل، فيكون للوفاء حكم التبرع، إذ لا مقابل فيه للتنازل عن الأجل، ولا ينفذ في حق الدائنين دون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ. وإذا طعن الدائن في الوفاء في الحالتين ونجح في دعواه وجب على الدائن الموفى له رد ما استوفى وشارك غيره من الدائنين في الضمان العام. وبهذا الحكم الذي قضى به المشرع العراقي يكون قد خرج على الأحكام التقليدية لهذه الدعوى. ذلك

لأن الوفاء لأحد الدائنين لا يمكن أن يوصف بأنه تصرف مفقر للمدين الموفى لأنه لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته[1] . كما أن الوفاء بدين مستحق الأداء لا يستخلص منه تواطؤ الدائن الموفى له مع المدين للإضرار بالدائنين وإن كان عالماً بغش المدين. ذلك لأنه لم يسع إلا إلى استيفاء حقه، واستيفاء الحق غرض مشروع.

وثالثة هذه الصور، هي الطعن في القسمة التي يجريها الشريك المدين. وعليها نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٠٧١ من القانون المدني العراقي بقولها: (لدائني كل شريك أن يطعنوا بالقسمة إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم). وبمقتضى هذا النص يحق لدائني أي شريك الطعن في قسمة المال المشاع، إذا ثبت أن القسمة قد تمت إضراراً بحقوقهم. فقد يتفق المدين مع شركائه على أن يفرز لنفسه نصيباً أقل من حصته الشائعة أضعافاً للضمان العام لحقوق دائنيه. وإذا وقع ذلك جاز لدائنيه الطعن في القسمة بعد تمامها بهذه الدعوى. وإذا نجحوا في إثبات التواطؤ بين المدين وبين شركائه من المتقاسمين، عاد المال الذي تقاسمه الشركاء إلى الشيوع ثانية، ووجبت إعادة إجراءات القسمة لتجري بحضور الدائنين، أو بيع المال بالمزاد العلني ليأخذ الشركاء من ثمنه أنصبتهم وليستوفي دائنوا الشريك من نصيب مدينهم ما لهم من حقوق.

المطلب الثاني

آثار دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

١١٥ـ نصوص تشريعية:

نصت المادة ٢٦٦ من قانوننا المدني على ما يأتي: (متى تقرر عدم نفاذ التصرف، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم)؟ وقضت

---

(١) السنهوري. الوسيط جـ٢. ص ١٠١٨

المادة ٢٦٧ بما يأتي: (١ـ إذا وفى المدين بالتزامه وأصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين. ٢ـ ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضراراً بالدائنين، أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم، أو إذا أثبت أن المدين عنده مال يكفي بهذا الوفاء. ٣ـ وإذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى، متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل وقام بإيداعه صندوق المحكمة). وفي وسعنا توزيع الكلام على آثار هذه الدعوى في ضوء هذين النصين على فقرتين. نختص أولاهما بالبحث في آثارها بالنسبة إلى الدائن الطاعن في التصرف وإلى غيره من الدائنين. ونخصص ثانيتهما للبحث في آثارها بالنسبة إلى المتعاقدين، وهما المدين ومن صدر إليه التصرف.

١١٦ـ آثارها بالنسبة إلى الدائن الطاعن في التصرف وإلى غيره من الدائنين

إن رفع الدعوى والاستمرار في إجراءاتها وتنفيذ الحكم الصادر فيها رهن بتوافر صفة الدائن في الطاعن في التصرف، وإلا انتفت مصلحته في الطعن لانعدام الضرر. ولذلك إذا فقد الدائن الطاعن في التصرف هذه الصفة بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم تعذر عليه الاستمرار فيها. وإذا فقدها بعد صدور الحكم وقبل التنفيذ بحقه تعذر عليه التنفيذ. وهو يفقد هذه الصفة إذا استوفى حقه متى نفذ المدين التزامه. ويفقد هذه الصفة كذلك إذا استوفى حقه ممن صدر إليه التصرف تفادياً لتنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه. ومع ذلك، قد يتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى، أو الشروع في التنفيذ بحقه بعد الحكم، وإن لم يفقد صفة الدائن وذلك في حالات ثلاث[١] . أولاها، إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه، وبذلك ينتفي شرط إعسار المدين. وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٦٧ من قانوننا.

وثانيتها، إذا أثبت من صدر له التصرف إن المدين يملك من المال ما يكفي للوفاء بحق الدائن. وبها قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧. وثالثتها، إذا قام من تلقى الحق

---

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٣٠٥

من المدين ولم يكن قد دفع ثمنه بعد، وكان الثمن قريباً من ثمن المثل، بإيداعه في صندوق المحكمة. وإلى هذه الحالة أشارت الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٧.

فإذا استمرت للدائن صفته وتوافرت شروط الدعوى الأخرى، حكم القضاء بعدم نفاذ تصرف مدينه في حقه وباعتباره من الغير فيه. ويجوز أن يحكم له بتعويض أيضاً إذا تسبب تصرف المدين في ضرر خاص أصابه وطالب بالتعويض عنه. إلا أن حكم القضاء بعدم نفاذ التصرف في حقه لا يخوله أي حق على المال الذي طعن في التصرف فيه وإنما عليه إذا أراد استيفاء دينه، أن ينفذ على المال بحقه باتخاذ الإجراءات التنفيذية المتميزة عن إجراءات هذه الدعوى. ولا يترتب على عدم نفاذ التصرف في حقه، عدم نفاذ التصرفات التي تأسست عليه، كتصرف الخلف فيه، بحجة أن الخلف لا يملك من الحقوق أكثر مما للسلف وأن السلف لا يستطيع أن ينقل من الحقوق إلى خلفه أكثر مما يملك. ذلك لأن المشرع خرج على هذه القاعدة في نطاق هذه الدعوى حماية للغير حسن النية وعملاً على استقرار المعاملات. فاشترط الغش في جانب الخلف الثاني أو من يخلفه إذا تلقى الحق بمقابل، لعدم نفاذ تصرف المدين الذي تلقى الحق بمقتضاه في حق الدائن.

ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن، أن التصرف إذا كان ينقص من أموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه التصرف يعتبر أنه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه. فإذا كان تصرف المدين إسقاط حق عيني كالتنازل عن حق ارتفاق أو منفعة رجع الحق بالنسبة إلى الدائن، وإذا كان إبراءاً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين. وإذا كان التصرف الذي حكم بنفاذه يزيد في التزامات لمدين، كأن يكون قد اقترض مالاً أو اشترى عيناً أو سد القرض أو دفع الثمن وفاءاً بالتزامه، وجب على التصرف إليه وهو المقرض أو البائع أن يرد إلى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن.

أما أثر الدعوى بالنسبة إلى باقي الدائنين، فقد نصت عليه المادة ٢٦٦ من قانوننا المار ذكرها. ومفاد النص، أنه إذا رفع أحد الدائنين هذه الدعوى، جاز لأي من الدائنين الآخرين إذا كان مستوفياً شروطها، أن يتدخل فيها ليستفيد من الحكم الصادر. وإذا صدر الحكم بعدم نفاذ التصرف عاد الحق الذي تصرف فيه المدين إلى الضمان العام لحقوق الدائنين كافة. وإذا عمد من صدر الحكم بعدم نفاذ التصرف في حقه إلى التنفيذ على الحق الذي عاد إلى الضمان العام، جاز لغيره من الدائنيَ المستوفين شروط هذه الدعوى وإن لم يتدخلوا فيها، أن يتدخلوا في إجراءات التنفيذ، وأن يشاركوا الدائن الطاعن، في التنفيذ على مال المدين الذي رد إلى ضمانهم العام. وقد يتقدم أحدهم على الدائن الطاعن في استيفاء حقه إذا كان له تأمين عيني يخوله حق الأفضلية في اقتضاء حقه. وقد لا ينال الدائن الطاعن نصيباً من حقه إذا استغرقت حقوق من توافرت لهم أسباب التقدم قيمة المال الذي عاد إلى الضمان العام عند التنفيذ عليه. ويتضح مما تقدم، أن فائدة الحكم بعدم نفاذ التصرف تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه إضراراً بحقوقهم.

١١٧ـ آثارها بالنسبة إلى المتعاقدين

لا يترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف بطلان هذا التصرف، وإنما يظل التصرف نافذاً في العلاقة بين المتعاقدين وينصرف أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام أو خاص. كما يكون التصرف نافذاً في حق من لم يطعن فيه من الدائنين وفي حق من لم يتخذ إجراءات التنفيذ، إهمالاً أو لعدم توافر شروط الدعوى. ويقتصر أثر الحكم الصادر على الدائن الطاعن وعلى من استفاد منه من الدائنين، دون أن يؤثر الحكم من حيث قيام التصرف ونفاذه في حق طرفيه ومن يخلفهما. وعليه فإن تصرف المدين إذا كان بيعاً، ترتبت عليه النتائج الآتية: (١) يظل التصرف قائماً مرتباً جميع آثاره بين المتعاقدين إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذه في حق الدائنين، فيلتزم المشتري بدفع الثمن كما يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمانه. (٢) يعتبر الشيء المبيع

ملكاً للمشتري. فإذا نفذ الدائن عليه واستوفى حقه وبقي شيء من ثمنه، كانت فضلة الثمن ملكاً للمشتري وإن كان سيئ النية متواطئاً. (٣) تنصرف آثار التصرف إلى الخلف العام كالورثة وإلى الخلف الخاص كالمشتري الثاني، لكل من الطرفين. فإذا بقيت فضلة من ثمن العين المبيعة بعد تنفيذ الدائن عليها واستيفاء حقه، ورثها المشتري لا ورثة البائع. (٤) يكون التصرف نافذاً في حق دائني المشتري وتنتقل إليهم حقوقه. فلهم أن ينفذوا على العين المبيعة على اعتبارها مملوكة لهم بعد أن يستوفي من أتم إجراءات التنفيذ من دائني المدين حقوقهم من ثمنها.

١١٨ـ التوفيق بين المصالح المتعارضة

لما كان الحكم الصادر لمصلحة الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرف يؤدي إلى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائنين المتوافرة لديهم شروطها، وإلى بقاء التصرف قائماً بين المتعاقدين ومن يمثلانه، فإن التعارض بين مصالح من يعتبر التصرف غير نافذ في حقه وبين مصالح من يعتبر التصرف نافذاً في جانبه، أمر يبدو واضحاً. ولذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة لمعالجة هذا التعارض. ويترتب على تطبيقها ما يلي: (١) إذا طعن الدائن في عقد بيع أبرمه مدينه واعتبر التصرف غير نافذ في حقه واستوفى دينه من ثمن المبيع الذي نفذ عليه، فإن للمشتري والتصرف يعتبر نافذاً في حقه أن يرجع على المدين بإحدى دعويين. أولاهما، دعوى ضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام عقد البيع. وثانيتهما، دعوى الكسب دون سبب. (٢) وإذا كان البائع غير المدين، كأن يكون من صدر له تصرف المدين قد باع العين إلى مشتر، فإن للمشتري أن يختار بين إحدى دعويين. أولاهما، دعوى ضمان الاستحقاق وبرفعها ضد البائع. وثانيتهما، دعوى الكسب دون سبب ويرجع بها على المدين[1] . (٣) وفي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد البيع، يجوز لمن صدر له تصرف المدين أن يطلب فسخ العقد جزاءاً لعدم

---

(١) السنهوري. نظرية العقد. ص ٨٢٦

التنفيذ، إذا نفذ الدائن على المال محل التصرف. (٤) وإذا كان تصرف المدين تبرعاً، كعقد هبة أو هبة غير مباشرة كالتنازل عن حق عيني، فليس للموهوب له بعد صدور الحكم بعدم نفاذ التبرع في حق الدائنين والتنفيذ على المال المتبرع به، حق الرجوع على المدين بضمان إلا إذا اشترط ذلك في التصرف. (٥) وإذا كان من شأن التصرف المطعون فيه أن يزيد في التزامات المدين كعقد القرض، فليس للمقرض أن يشارك الدائنين السابقة جقوقهم على هذا التصرف في قسمة الغرماء، لعدم نفاذ التصرف في حقهم ولتقدمهم عليه. ولكنه يزاحم الدائن اللاحق حقه لعقد القرض لنفاذ التصرف بالنسبة إليه[١].

المبحث الثالث

دعوى الصورية

١١٩ـ التعريف بالصورية

تعرف الصورية بأنها وضع ظاهر غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقاً، يقوم على اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه. فإن كان ذلك الوضع عقداً يخفي حقيقة العلاقة التعاقدية بين طرفيه، كان العقد الظاهر هو العقد الصوري، وكان العقد الخفي هو العقد الحقيقي ويسمى أيضاً بورقة الضد فإذا وقعت هبة في صورة بيع أو قرض، كان عقد البيع أو القرض هو العقد الصوري، أما الهبة فهي العقد الحقيقي.

والصورية كثيرة الوقوع في الحياة العملية، يلجأ إليها الشخص كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما. فقد يلجأ إليها المدين لإبعاد أمواله عن متناول أيدي دائنيه فيتصرف فيها عن طريق بيع صوري لا يتخلى به عن ملكية المبيع، ويحتفظ لنفسه في مواجهة المشتري الظاهر بورقة الضد لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة. وقد

---

(١) السنهوري. الوسيط جـ٢. ص١٠٦٩

لا يقصد الشخص الإضرار بدائنيه وإنما يهدف من ورائها إلى أغراض أخرى كإيثار شخص ببعض ماله، أو التهرب من دفع الضرائب المقررة، أو التحايل على أحكام القانون في أوضاع أخرى.

ولدعوى الصورية أهمية في المحافظة على الضمان العام للدائنين، ولذلك كانت دراستها وثيقة الصلة بدراسة وسائله الأخرى كالدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه. ومع ذلك فإن أهميتها تجاوز دائرة المحافظة على الضمان العام، لأنها تشمل حالات وتهدف إلى غايات لا صلة لها بها، كما اتضح لنا قبل قليل.

١٢٠ـ نطاق الصورية

تقع الصورية عادة في دائرة العقد إذا أراد الطرفان لسبب ما إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه. وقد تقع في غير العقود. فتتحقق في دائرة التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالتنازل عن جق عيني أو الإبراء من دين بشرط أن يوجه هذا التصرف إلى شخص معين. ذلك لأن الصورية تقوم على اتفاق ولا وجود للاتفاق إلا بين شخصين معينين. وقد تتحقق الصورية في غير دائرة التصرف القانوني، فتقع في دائرة الأحكام كالأحكام التي تقضي بإيقاع البيع لشخص رسا عليه المزاد ويكون مشترياً لحساب غيره.

١٢١ـ أنواع الصورية

تكون الصورية على نوعين. هما: الصورية المطلقة والصورية النسبية. أما الصورية المطلقة فهي الصورية التي تمحو أثر الوضع الظاهر. كإبراء من دين يتفق الطرفان على عدم وقوعه، وكعقد يقضي الاتفاق المستتر بعدم وجوده. فهي تتناول التصرف الظاهر في وجوده. ولا يتضمن الاتفاق المستتر تصرفاً يخفيه التصرف الظاهر وإنما يقتصر على تقرير أن التصرف الظاهر صوري لا وجود له.

وأما الصورية النسبية، فهي الصورية التي تخفي حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين دون أن تنكر وجودها. فهي تخفي جانباً من جوانب العلاقة الحقيقة القائمة بين الطرفين وتختلف تسميتها باختلافه وتكون على صور ثلاث:

أولاها: الصورية بطريق التستر، وهي الصورية التي تتناول طبيعة العلاقة القانونية بين الطرفين. وتتناول نوع العقد لا وجوده. كبيع في صورة هبة يقع بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة. وكوصية في صورة بيع تقع كي لا يعلق نفاذها فيما يجاوز الثلث من التركة على إجازة الورثة.

ثانيتها: الصورية بطريق الضد. وهي الصورية التي تتناول ركناً في العقد أو شرطاً فيه. كأن يذكر في عقد الهبة مشروع لها إخفاء لسبب حقيقي غير مشروع. وكأن يذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي أو أكثر منه، تخفيفاً من رسوم التسجيل في الحالة الأولى ومنعاً من أخذ البيع بالشفعة في الحالة الثانية.

ثالثتها: الصورية بطريق التسخير أو التوسط. وهي الصورية التي تتناول شخص أحد المتعاقدين ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر غير من ذكر في العقد، تحايلاً على حكم القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معين. وقد نصت المادة ٥٨٩ من قانوننا المدني على عدد من هذه الموانع. فإذا وجد مانع يحول دون إبرام العقد بين شخصين، توسط بينهما شخص ثالث ليبرم العقد مع أحدهما ولينقل ملكية ما تلقاه إلى الشخص الذي قام المانع في جانبه بعقد آخر.

وينبغي التمييز بين الصورية بطريق التسخير أو التوسط وبين التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار، وذلك لقيام الفارقين الآتيين بينهما. (١) أن المسخر، وهو من توسط بين طرفين، يبرم العقد في الصورية بطريق التسخير مع شخص متواطئ معه لمصلحة شخص ثالث يعلم بالتسخير. أما في الاسم المستعار، فإن المسخر يتعاقد مع شخص قد يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو موكله. (٢) إن المسخر

في الصورية، يبرم عقدين بالإضافة إلى ورقة الضد. فتتنقل إليه بإحداهما ملكية الشيء لينقلها بالعقد الآخر إلى الممنوع من التعاقد. أما في الاسم المستعار فإن المسخر يبرم عقوداً جدية ثلاثة لا وجود لورقة الضد بينها. هي، عقد وكالة يبرمه مع موكله، وعقد يبرمه لحساب موكله باسمه فينتقل به أثر التصرف إليه وعقد يبرمه مع موكله لينقل إليه آثار التصرف.

١٢٢ـ شروط تحقق الصورية

يشترط لتحقق الصورية بأنواعها كافة توافر الشروط الأربعة الآتية:

أولاًـ وجود وضع قانوني ظاهر، قد يكون عقداً أو حكماً أو تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد. فإن كان عقداً وجب أن تتوافر أركانه وشروطه.

ثانياًـ وجود اتفاق مستتر تتجه فيه إرادتان إلى اتخاذ موقف حقيقي يخفيه الوضع الظاهر.

ثالثاًـ أن يكون الموقف الحقيقي مغايراً للوضع الظاهر في جميع نواحيه أو في بعضها فقد يمحو كل أثر له، وقد يتناوله بالتعديل تبعاً لاختلاف أنواع الصورية.

رابعاًـ أن تتحقق المعاصرة الذهنية بين الوضع الظاهر وبين الاتفاق المستتر وإن اختلف تاريخهما، ويقصد بالمعاصرة الذهنية، اتجاه الإرادة إلى اتخاذ الموقف الحقيقي الخفي وإلى ستره بوضع ظاهر في وقت واحد، وإن جاء تاريخ صدور الاتفاق المستتر تالياً لتاريخ نشوء الوضع الظاهر. أما إذا لم تتحقق هذه المعاصرة وصف بأنه اتفاق جدي تعدلت أحكامه باتفاق لاحق. ولقاضي الموضوع بما له من سلطة في تفسير العقود وتقدير الوقائع، أن يقرر تحقق المعاصرة الذهنية بالرغم من تفاوت التاريخ[1].

---

(١) أنور سلطان المرجع السابق. هـ. ص ١٥٩ ومرجعه أحكام محكمة النقض. ج ـ١

١٢٣ـ أحكام الصورية

أن الكلام على أحكام الصورية يقتضينا البحث في دعواها أولاً، وفي آثارها ثانياً ولذلك فنوزع كلامنا على المطلبين الآتيين.

المطلب الأول
دعوى الصورية في ذاتها

١٢٤ـ رافع الدعوى والخصوم فيها

ترفع دعوى الصورية من قبل أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر للطعن في العقد الظاهر بالصورية. ويجوز أن ترفع من قبل أي شخص ذي مصلحة في التمسك بالعقد المستتر لتقرير صورية العقد الظاهر. وأصحاب المصلحة في الطعن بالصورية هم: الخلف العام للمتعاقدين، والخلف الخاص والدائنون الشخصيون للمتصرف بالعقد الصوري طبقاً لأحكام قانوننا.

أما الخلف الخاص والدائنون الشخصيون لمن صدر له التصرف الصوري فلا يتصور إقدامهم على الطعن فيه لتقرير صوريته لأن مصالحهم ترتبط بالعقد الظاهر. وإذا رفعت الدعوى وجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري خصماً فيها. فإذا رفعها البائع بيعاً صورياً أدخل خلف المشتري الظاهر السيئ النية خصماً فيها. وإذا رفعها من لم يكن طرفاً في العقد الصوري وجب عليه إدخال الطرفين خصمين فيها. وإذا توفي من رفعها استمر في الدعوى من يحل محله بنص القانون أو بحكم الاتفاق.

والطعن بالصورية إذا كان يتم في الغالب في صورة دعوى، إلا أنه يجوز أن يتم في صورة دفع، فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد الصوري ورفع أحدهما دعوى ضد الآخر بموجب العقد الظاهر، جاز للخصم أن يدفع بصورية العقد.

١٢٥ـ عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها

نصت المادة ١٤٩ من القانون العراقي على ما يلي: (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو). ومفاد النص، أن التصرف إذا ورد على عقار وسجل في دائرة التسجيل العقاري فلا يجوز بعدئذ الطعن بالصورية إطلاقاً، وذلك لسببين. أولهما أن التصرف العقاري إذا تم تسجيله انتقل الحق العيني بقوة القانون بناءً على التسجيل واستحال الطعن في انتقاله بالصورية بعدئذ. ثانيهما، إن نظام التسجيل في العراق نظام تسجيل عقاري ينطوي على إجراءات إشهار وقوة إثبات تتأسس على إقرار وكتابة وإشهاد بحيث تتضاءل أمامها أية ورقة تفيد صورية التصرف وأية قرينة قانونية أو قضائية يستعان بها للطعن بالصورية. وبمقتضاه ينبغي الركون إلى التصرف المسجل على اعتباره العقد الحقيقي الذي لا يستر تصرفاً آخر.

١٢٦ـ عدم تقادم أو سقوط دعوى الصورية

لا تنقضي هذه الدعوى بالتقادم ولا تسقط بأية مدة انقضاء، سواء بالنسبة إلى طرفي التصرف أو بالنسبة إلى الغير. لأن الغرض منها تقرير حقيقة قائمة مستمرة هي عدم وجود التصرف الظاهر.

ومع ذلك فإنها وإن كانت لا تسقط بالتقادم إلا أنها قد تبدو عديمة الجدوى إذا أمكن للمدعى عليه الدفع بالتقادم بالنسبة إلى حق كسبه أو بالنسبة إلى دعوى تضمنتها دعوى الصورية وتسقط به[1].

---

(١) السنهوري. المرجع السابق هـ. ص ١١٢

المطلب الثاني
آثار الصورية

١٢٧ـ نصوص تشريعية

نصت المادة ١٤٧ من القانون المدني العراقي على ما يلي: (١ـ إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضّر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢ـ وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين.

وقررت المادة ١٤٨ ما يلي: (١ـ يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم. ٢ـ وإذا ستر العاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام استوفى شرائط صحته.

١٢٨ـ المبادئ التي تقوم عليها هذه الآثار

لا يترتب على الصورية بطلان التصرف، وإنما وجوب الاعتداد بالإرادة الجدية الحقيقية المشروعة للطرفين أياً كان نوع الصورية، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. غير أن إعمال هذا المبدأ إذا كان يؤدي إلى وجوب الاعتداد بالتصرف الحقيقي دون التصرف الصوري فإن هذا الأثر يقتصر على المتعاقدين وخلفهما العام دون أن يتعداهم إلى الغير. لأن في نفاذ التصرف المستتر في حق الغير مساس بمبدأ استقرار المعاملات وما يقتضيه من وجوب حماية من كان حسن النية من الأشخاص وقت التعامل. ولذلك فإن آثار الصورية تتأثر بهذين المبدأين وتختلف باختلاف من يتعرض لأحكامها على النحو الذي سنوجز الكلام عليه فيما يلي:

١٢٩ـ آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

إن هذه الآثار يحكمها نص المادة ١٤٨. وبمقتضاه يكون التصرف النافذ بين المتعاقدين هو التصرف الحقيقي، أي العقد المستتر. أما التصرف الظاهر فلا وجود له

بالنسبة إليهما، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في التعاقد وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. يترتب على ذلك أن العقد الظاهر إذا كان بيعاً صورياً، صورية نسبية كهبة في صورة بيع، كان العقد النافذ بالنسبة للمتعاقدين هو الهبة لا البيع. فلا يلزم المشتري الظاهر بدفع الثمن ولا يلتزم البائع الظاهر بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية إلا في الحدود المقررة قانوناً (م ٦١٤/ ١وم ٦١٥.م.ع). أما إذا كان العقد الظاهر بيعاً صورياً صورية مطلقة، فإن عقد البيع لا ينتج أثره فيظل البائع مالكاً ولا يولد البيع في ذمته التزاماً. كما أن العقد النافذ بالنسبة إلى ورثة كل منهما هو العقد الحقيقي، لأن العبرة به بالنسبة إلى الخلف العام.

وإذا طعن المدعي بالصورية مدعياً وجود اتفاق مستتر يتمسك به، كان نجاحه في طعنه رهناً بتحقق شرطين. أولهما، أن تتوافر في التصرف الظاهر جميع الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون. وتبرز أهمية هذا الشرط في الصورية النسبية. أما في الصورية المطلقة، فلا فرق في الحكم بين عدم استيفاء العقد الظاهر أركانه وشروطه ليحكم ببطلانه وبين أن تتوافر فيه الأركان والشروط ليحكم بعدم إنتاجه أثراً إعمالاً للاتفاق المستتر. وثانيهما، أن يثبت الطاعن وجود الاتفاق المستتر فإن لم يفلح في ذلك اعتبر التصرف الظاهر متى توافرت شروطه اتفاقاً جدياً تنفذ كل آثاره.

١٣٠ـ آثار الصورية بالنسبة للغير

يقصد بالغير في الصورية، كل شخص اعتقد بحسن نية وقت تعامله أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن إليه وأقام تعامله على هذا الأساس. ولما كانت مصلحته تتأثر سلباً أو إيجاباً بالتصرف الصوري، فإن قواعد العدالة ومبدأ استقرار المعاملات تقتضي حمايته من الضرر الذي يجوز أن يلحق به لاعتماده على مظهر كاذب اتخذه المتعاقدان وكان سبباً في تضليله. وتتحقق هذه الحماية باعتبار العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج آثاره القانونية إذا اقتضت مصلحته التمسك به وبذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧.

وتقتصر طائفة الغير بالنسبة إلى الصورية طبقاً للنص العراقي على الدائنين الشخصيين والخلف الخاص للمتعاقدين. فإذا توافرت الشروط اللازمة لثبوت صفة الغير لهم كان في وسعهم التمسك بالعقد الصوري أو إثبات صورية العقد ليتمسكوا بالعقد المستتر، وذلك وفق ما تقتضيه مصلحتهم.

ويشترط في الدائن الشخصي أن يكون حقه خالياً من النزاع فحسب. فهو يعتبر من الغير سواء كان حقه مستحق الأداء أو لم يكن كذلك وسواء كان حقه سابقاً في تاريخه على التصرف الصوري أم تالياً له. وبذلك يشبه مركزه مركز الدائن في الدعوى غير المباشرة. وله أن يتمسك بالعقد الذي يحقق التمسك به مصلحته، الصوري أو الحقيقي. أما الخلف الخاص، وهو كل من تلقى من أحد المتعاقدين حقاً عينياً على الشيء محل التصرف الصوري فيحق له التمسك بأي من العقدين وفقاً لمصلحته. ومصلحة الخلف الخاص للمتصرف بالعقد الصوري تقتضيه التمسك بالعقد المستتر فإذا باع شخص منقولاً معيناً بيعاً صورياً ثم باعه بيعاً جدياً فإن مصلحة المشتري تتحقق بالطعن في صورية التصرف الصادر من سلفه إلى المشتري الصوري، كي لا يسري هذا التصرف في مواجهته وليصح انتقال ملكية المبيع له. أما مصلحة الخلف الخاص للمتصرف إليه بعقد صوري فتدفعه إلى التمسك بالعقد الظاهر. فللمشتري من المشتري الصوري أن يتمسك بالبيع الصوري وهو العقد الظاهر لسلفه كي يعتبر الحق قد انتقل إليه من مالك.

١٣١ـ تعارض مصالح ذوي الشأن في التمسك بالعقد الصوري أو بالعقد المستتر

إن هذا التعارض لا يمكن أن يقع بين المتعاقدين، أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين الورثة أنفسهم، لأن العقد النافذ في مواجهتهم جميعاً هو العقد المستتر. ولا يتصور أن يقع بين أفراد طائفة تتحقق مصلحتها في اتجاه واحد، هو التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر. فالتعارض بين مصالح الخلف الخاص ودائني المتصرف بالعقد الصوري غير وارد، لأن مصالحهم تكمن في التمسك بالعقد المستتر. والتعارض بين

مصالح الخلف الخاص ودائني المتصرف إليه بالعقد الصوري غير وارد كذلك، لأن مصالحهم تدفعهم إلى التشبث بالعقد الظاهر. ولذلك يصح القول إن التعارض المقصود هو ما يقع بين مصالح الغير، وهم من يتمسك في الغالب بالعقد الظاهر، وبين مصالح من يتمسك بالعقد المستتر، سواء كان متعاقداً أو وارثاً أو دائناً شخصياً أو خلفاً خاصاً للمتصرف بالعقد الصوري.

وإلى هذا التعارض أشارت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ وقررت ما يأتي: (وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك البعض بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين). ويترتب على هذا الحكم، أن البائع الصوري إذا تمسك بالعقد المستتر، وتمسك دائن المشتري الصوري بالعقد الظاهر، فضل دائن المشتري.

المبحث الرابع
الحجر على المدين المفلس(١)

١٣٢ـ تمهيد وتقسيم

تولى المشرع العراقي تنظيم الإعسار المدني بنظام استمد تسميته وبعض أحكامه من الفقه الإسلامي، واقتبس أحكامه الأخرى من القانون المدني المصري، هو الحجر على المدين المفلس. وأفرد له في تقنينه عشر مواد، هي المواد ٢٧٠ ـ ٢٧٩ نظم بمقتضاها الإعسار وإحالة من أمر واقع إلى حالة قانونية تنشأ بمقتضى حكم قضائي. ولم يكن المشرع موفقاً في وصف المدين بالمفلس، وإنما كان يحسن به أن يصفه بالمعسر. ذلك لأن الإفلاس أضحى في مصطلح القانون وصفاً يوصف به الإعسار في دائرة المعاملات التجارية، وتولت القوانين التجارية تنظيمه. وإذا كان بعضها يمد نظام الإفلاس

---

(١) انظر في تفصيله: أحمد علي الخطيب. للحجر على المدين لحق الغرماء. رسالة دكتوراه. عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٣٦٧- ٤٣٩

التجاري على دائرة المعاملات المدني، فإن حكمه واحد في الدائرتين وهو التصفية الجماعية لأموال المدين. أما المشرع العراقي فقد خص التعامل التجاري وحده بنظام الإفلاس التجاري تمييزاً منه بين المعاملات التجارية والمعاملات المدنية.

وجدير بالذكر أن قانون إصلاح النظام القانوني تنبه إلى هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع العراقي وإلى سوء نظام الإفلاس التجاري، فأوصى[1] باستبعاد نظام الإفلاس التجاري وبتوحيد الأحكام الخاصة بمتابعة المدين المعسر في المعاملات المدنية والتجارية على السواء، وصوغها في قواعد تهدف إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية في إطار المصلحة العامة.

إن البحث في الحجر على المدين المفلس يقتضينا توزيعه على ثلاثة مطالب. هي دعوى الحجر، وآثار الحكم بالحجر، وانتهاؤه. وسنبحث كل ذلك بإيجاز تام.

المطلب الأول
دعوى الحجر والحكم به

١٣٣ـ نصوص تشريعية

نصت المادة ٢٧٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه، أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله وإقراره بدين لآخر، حجرته المحكمة). وقضت الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ بما يأتي: (يكون الحجر بحكم يصدر من محكمة البداءة بناءً على طلب الدائنين).

---

(١) قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧. ص ٣١

وبمقتضى هذين النصين يمكن تعريف المدين المفلس المحجور عليه بأنه: المدين الذي تزيد ديونه المستحقة على أمواله، ويصدر حكم من المحكمة بحجره وبناءً على طلب أحد الدائنين متى كان طلب الحجر مبنياً على أسباب معقولة مقنعة.

١٣٤ـ شروط الحجر على المدين

يقع الحجر على المدين بناء على دعوى، وعند توافر الشروط الآتية: (١) رفع الدعوى أمام محكمة مختصة. والمحكمة المختصة هي محكمة البداءة الكائن في دائرتها محل إقامة المدين. (٢) إقامة الدعوى بطلب الحجر من قبل أحد الدائنين. والنص العراقي جاء قاطعاً في اشتراطه ذلك. (٣) أن يكون المدعي عليه مديناً مفلساً. ويعتبر المدين مفلساً إذا زادت ديونه المستحقة الأداء على أمواله. ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الدائن الذي يطالب بالحجر إلا أنه لا يكلف بأكثر مما يكلف به الدائن الطاعن في تصرف مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف طبقاً لحكم المادة ٢٦٥ التي سبق تفصيلها. (٤) أن يستند طلب الحجر إلى أسباب معقولة دفعت الدائنين إلى الخوف من ضياع أموال الدين بتصرفاته وأعماله. كأن تكون أموال المدين نقوداً أو منقولات يخشى الدائنون إخفاءها أو تهريبها. (٥) أن يصدر حكم من المحكمة بتوقيعه. وبالحكم القضائي يتحول إعسار المدين من أمر واقع إلى حالة قانونية منظمة.

١٣٥ـ سلطة القاضي في الحكم بالحجر وشهر الحكم والطعن فيه

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بالحجر تنبني على ما يتمتع به من حق في تقدير ما إذا كانت الأسباب التي يستند إليها طلب الحجر معقولة تبرره.

وإذا صدر الحكم بحجر المدين وجب شهره، لأن الحكم يعتبر حجة على الكافة. ولذلك ينبغي أن يحيط ذووا المصلحة من دائنين وغيرهم علماً به. وقد اكتفى القانون المدني العراقي لإشهار حكم الحجر، بقيام كاتب المحكمة بتسجيل الحكم بطريق القيد في السجل العام المعد في المحكمة لقيد أحكام إشهار الإفلاس.

وإذا صدر حكم في دعوى الحجر، برفض توقيعه أو بالحكم به، كان الحكم الصادر قابلاً للطعن فيه بالطرق القانونية العادية من اعتراض واستئناف وتمييز.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الحكم بالحجر

١٣٦ـ بيان هذه الآثار

تترتب على الحكم بالحجر آثار في اتجاهات ثلاثة. هي: آثاره بالنسبة إلى المدين المحجور، وآثاره بالنسبة إلى الدائنين وآثاره بالنسبة إلى الغير. وسنتكلم عليها جميعاً فيما يلي بإيجاز.

أولاًـ حجز جميع أموال المدين، عدا مالا يجوز حجزه، وفقاً لما نص عليه قانون المرافعات، لمصلحة جميع الدائنين، بناء على قرار يحصل عليه أي دائن من دائرة التنفيذ، وبقاء الحجز قائماً حتى انتهاء الحجر. وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧١.

ثانياًـ وإذا صدر القرار بحجز أموال المدين المحجور، وجب تعيين من يشرف على إدارتها واستغلالها حتى تتم تصفيتها لحساب الدائنين، وهو من يسمى بالحارس القضائي. والأصل أن يكون المدين هو الحارس على أمواله المحجوز عليها لأنه أدرى بمصالحه وبإدارتها وبالتصرف فيها تصرفاً يحقق نفعاً له ولدائنيه. ومع ذلك يجوز أن يعين غيره حارساً إذا لم يأمنه الدائنون. وبذلك قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٧١ بقولها: (ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك).

ثالثاًـ غل يد المدين عن التصرف في أمواله تصرفاً ضاراً بدائنيه. وهو أثر يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ التي قضت بحجز جميع أموال المدين، وجاء فيها: (ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم أن يحصل من دائرة الإجراء (دائرة التنفيذ) على

قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير عدا الأموال التي لا يجوز حجرها. ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر). ويترتب على هذا النص، أن المدين لا يستطيع بعد صدور الحكم بحجره بيع أمواله أو هبتها أو رهنها.

رابعاًـ لا يستطيع المحجور، منذ تاريخ صدور الحكم بالحجر، أن يقر بدين جديد في ذمته، لاحتمال أن يعمد بهذا الإقرار إلى تهريب بعض ماله من متناول أيدي دائنيه. ولا يستطيع أن يحابي أحد دائنيه فيوفيه دينه دون غيره من الغرماء، لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بالمساواة بين الدائنين. فإن خالف ذلك وأقر بدين، كان إقراره غير معتبر وغير نافذ في حق دائنيه، وإن كان معتبراً في حق المقر له. ويلتزم المقر بتنفيذ ما أقر به بعد زوال الحجر. وإذا دفع لغريم دينه دون غيره من الدائنين، كان لسائر الدائنين حق استرداد ما دفع واقتسامه مع الموفى له بالمحاصة. وعلى ذلك نصت المادة ٢٧٤ من قانوننا المدني.

خامساًـ تعيين نفقة للمدين المحجور ومن تلزمه نفقته في مدة الحجر، وذلك بناء على عريضة يقدمها إلى رئيس المحكمة المختصة. وهذا ما قضت به المادة ٢٧٢ من قانوننا.

سادساًـ تعرض المدين للعقوبة الجنائية التي نص عليها قانون العقوبات إذا ارتكب أعمالاً تؤدي إلى تبديد الأموال التي وضعت تحت حراسته، متى عين حارساً قضائياً عليها، وذلك إضراراً بحقوق دائنيه. كأن يقوم بإتلافها أو بإخفائها كي يحول دون تصفيتها.

سابعاًـ حلول كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، على أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة القانونية أو الاتفاقية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل. وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ بقولها: (يترتب على الحكم بالحجر أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة

الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل). ومع ذلك يحق للقاضي، وإن كان الأصل سقوط الأجل بقوة القانون بمجرد صدور الحكم بالحجر، أن يبقى على الأجل أو أن يمده بالنسبة إلى الدين المؤجل أو أن يمنح أجلاً بالنسبة إلى الدين الحال عند توافر شروط ثلاثة. أولها، أن يتقدم المدين بطلب إبقاء الأجل أو مده أو منحه أجلا عن دين مستحق الأداء. ثانيها، أن يقع الطلب في مواجهة ذوي الشأن من الدائنين. وهم أصحاب الديون المؤجلة إذا كان الطلب يهدف إلى إبقاء أجل أو مد أجل دين. وهم أصحاب الديون الحالة إذا طلب المدين منحة آجالاً عنها. وثالثها، أن يستند الطلب إلى مبررات معقولة تقنع القاضي بأن ظروف المدين تقتضي الرفق به، وأن في الاستجابة لطلبة ما يكفل مصالح المدين والدائنين. ويتمتع القاضي بسلطة تقدير واسعة في هذا الشأن. وبذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣.

ثامناً- يجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة متعلقة بالحجز الموقع على أموال المدين. وهذا ما قررته المادة ٢٧٥ من قانوننا المدني.

١٣٨- التخفيف من هذه الآثار

لما كانت الحكمة من توقيع الحجر على المدين المفلس هي الخوف من تصرفاته الضارة بالدائنين، ولما كانت الآثار المترتبة على توقيع الحجر تهدف إلى ضمان حقوق الغرماء، فإن تلك الحكمة إذا انتفت وجب التخفيف من هذه الآثار. وقد نص القانون المدني العراقي على استثنائين يحق فيهما للمدين المحجور التصرف في ماله لانتفاء شبهة الإضرار بدائنيه عن طريق إخفاء ماله أو تهريبه منهم.

أولهما، ما قضت به المادة ٢٧٦، وجاء فيها: (يجوز للمدين بموافقة أغلبية الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون، أن يبيع كل ماله أو بعضه، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه. فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة).

أما ثانيهما، فهو ما نصت عليه المادة ٢٧٧، وورد فيها: (يجوز للمدين بإذن من المحكمة، أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم). والنصان واضحان لا يحتاجان إلى شرح.

المطلب الثاني
انتهاء الحجر

١٣٨ـ الحالات التي تنتهي فيها الحجر

نصت المادة ٢٧٨ من قانوننا المدني على حالات أربع ينتهي فيها الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب كل ذي شأن. وهي:

أولاًـ إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.

ثانياًـ إذا أقبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه، بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال. وهي حالة لم يكن لذكرها مبرر لأن الحالة الأولى تتضمنها.

ثالثاًـ إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت، دون أن يكون الحجر أثر في حلولها. وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت.

رابعاًـ متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر. ذلك لأن في إبقاء يد المدين مغلولة عن التصرف في ماله أكثر من المدة التي قدر القانون كفايتها لتصفية أمواله واستيفاء حقوق الدائنين منها بطريق إجراءات التنفيذ الفردية، ينطوي على تضييق على المدين وهدر لمصلحته وعلى تسامح حيال الدائنين الذين لم يستعملوا حقوقهم في التنفيذ على أموال المدين المحجوزة إهمالاً منهم أو بقصد الإضرار به.

١٣٩ـ ما يترتب على انتهاء الحجر من آثار

وإلى هذه الآثار أشارت المادة ٢٧٩ والفقرة الثالثة من المادة ٢٧٨ من القانون المدني العراقي. وفي وسعنا حصرها فيما يلي:

أولاًـ يسترد المدين حقه في الإشراف على ماله وإدارته واستغلاله، بمجرد حصوله على قرار من دائرة التنفيذ برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر.

ثانياًـ إطلاق يد المدين في التصرف في ماله. وتنفذ تصرفاته في حق دائنيه ما دامت بمأمن من الطعن فيها.

ثالثاًـ بقاء حق الدائنين فيما اتخذوا من إجراءات تنفيذ فردية على مال المدين قائماً. فلا يكون لقرار رفع الحجر أثر رجعي بالنسبة إلى ما اتخذوه من إجراءات تنفيذية. ويظل كل إجراء اتخذه الدائن باسمه ولمصلحته قبل قرار رفع الحجر صحيحاً ونافذاً، وله أن يستمر فيه حتى يستوفي حقه.

رابعاًـ رجوع آجال الديون التي حلت بالحكم بالحجر إلى ما كانت عليه قبل سقوطها، إذا وفى المدين ديونه التي حلت دون أن يكون الحجر أثر في حلولها.

خامساًـ انقطاع النفقة التي تقررت للمدين ولمن لزمته نفقته ضماناً لمورد يكفل عيشهم، لانعدام مبرر بقائها.

سادساًـ وأخيراً، فإن انتهاء الحجز يزيل حالة قانونية تكفل المشرع بتنظيمها، دون أن يعني زوال إعسار المدين إعساراً فعلياً. فقد يظل المدين معسراً فعلاً بعد زوال الحجر. ولذلك فإن انتهاءه لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه طبقاً للنظام المعتاد الذي يخضع له جميع المدينين.

المبحث الخامس
الحق في الحبس للضمان

١٤٠ـ نصوص تشريعية

نصت المادة ٢٨٠ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (١ـ للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون. ٢ـ وفي كل معاوضة مالية بوجه عام، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق).

وقضت المادة ٢٨١ بما يأتي: (يجوز لمن اتفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة، أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً، أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع).

وقررت المادة ٢٨٢ ما يلي: (١ـ لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به.
٢ـ فإذا قدم الدائن تأميناً للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزام به).

وفي وسعنا أن ندرك لدى التمعن في هذه النصوص، أن المشرع عوض في المادتين ٢٨٠ و ٢٨١ إلى أحكام جزئية لا تعدو أن تكون تطبيقات لقاعدة عامة نص عليها في المادة ٢٨٢. كما أن في وسعنا في ضوئها أن نعرف هذا الحق بأنه: حق الدائن الذي يكون مديناً لمدينه في الوقت نفسه، بالامتناع عن الوفاء بالتزامه حتى ينفذ المدين التزاماً ترتب في ذمته بمناسبة التزام الدائن وارتبط به.

فالمتعاقد في العقود التبادلية كالبائع أو المشتري، أن يحبس ما هو ملتزم بأدائه، أي أن لا ينفذ التزامه، حتى ينفذ المتعاقد الآخر ما في ذمته من التزام. وفي العقود الملزمة لجانب واحد، يحق للوديع إذا أنفق على الوديعة نفقات لحفظها وصيانتها أن يحبسها، أي أن يمتنع عن تسليمها إلى المودع، حتى يستوفي منه ما أنفقه عليه.

١٤١ـ أساسه وطبيعته

يقوم الحق في الحبس على اعتبارات من العدالة وحسن النية والمنطق القانوني. فليس من العدل أن يلزم شخص بالوفاء بدين ترتب في ذمته، دون أن يلزم من يطالبه بالتنفيذ بالوفاء بما عليه من دين له. وليس من حسن النية أن يمتنع شخص عن تنفيذ التزامه ويطالب دائنه بما ترتب في ذمته من التزام نحوه. وليس من المنطق القانوني أن يجبر شخص على الوفاء بالتزامه ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ارتبط بالتزام المدين ونشأ بمناسبته.

أما من حيث طبيعته في القانون العراقي، فهو ليس بحق عيني، لأنه لا يشارك الحقوق العينية في مقوماتها الأساسية. فهو لا ينطوي على حق التقدم وعلى حق التتبع اللذين يتمتع بهما أصحاب الحقوق العينية التبعية. لأنه لا يخول الدائن حق امتياز على ما حبس، ولأن الحابس يفقد حقه في الحبس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة. كما أنه لا يخضع لإجراءات الشهر التي تخضع لها كثير من الحقوق العينية لأن القانون لم يفرض إجراءات لشهر حق الحابس. وهو ليس بحق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشيء المحبوس. والحق، أنه لا يعدو أن يكون دفعاً بعدم التنفيذ يخول الدائن حق الامتناع عن الوفاء بما عليه من دين حتى يستوفي ديناً له ترتب في ذمة مدينه، متى توافرت صفتا الدائن والمدين في كل من الطرفين وتحقق الترابط بين الدينين.

١٤٢ـ خصائصه

يتميز الحق في الحبس بالخصائص الآتية: أولاها، أنه دفع، يثبت للمدين عند توافر شروط معينة. فيدفع به مطالبة الدائن له بتنفيذ التزامه أو باسترداد عين في حيازته، ويخول صاحبه الامتناع عن الوفاء فحسب. ولذلك لا يتصور أن ترفع به دعوى أصلية. ثانيتها، أنه حق لا يقبل التجزئة. فللحابس أن يحبس كل الشيء في يده حتى يستوفي حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات. ولا يترتب على قبوله الجزئي سقوط حقه في حبس الشيء كله. ولا يلزم بتسليم جزء من الشيء المحبوس كمقابل للجزء الذي استوفاه. ثالثها، أنه حق ينبغي أن يتحاشى صاحبه التعسف في استعماله. فإذا كان الشيء المحبوس كبير القيمة بالنسبة إلى الدين الذي حبس من أجله، وكان بإمكانه الاكتفاء بحبس جزء منه ضماناً للحصول على حقه، وطالبه مالك العين بذلك فأبى، أجبر على تسليم ما يزيد على القدر الذي يضمن حقه، إذا كان الشيء يقبل التجزئة دون تلف يصيبه ودون ضرر يلحق بالحابس.

١٤٣ـ تقسيم البحث

إن دراسة الحق في الحبس، بعد أن ألمنا بكل ما تقدم، تقضينا توزيع البحث فيه على مطالب ثلاثة هي، شروط نشوئه، وبيان آثاره، والإشارة إلى طرق انقضائه.

المطلب الأول

شروط نشوء الحق في الحبس

١٤٤ـ بيان هذه الشروط

في وسعنا أن نستنتج من المواد ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢ المار ذكرها، أن الحق في الحبس ينشأ عند توافر شروط ثلاثة. أولها، ثبوت حق للحابس مستحق الأداء في ذمة مدينه. ثانيها، وجود التزام في ذمة الحابس بأداء شيء. ثالثها، قيام ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بالأداء. وسنوجز الكلام على هذه الشروط فيما يلي:

١٤٥ـ الشرط الأول: ثبوت حق الحابس في ذمة مدينه تتوافر فيه أوصاف معينة

يشترط في الدين الذي يثبت للحابس، أن يكون ديناً مدنياً محققاً مستحق الأداء، تالياً أو معاصراً لحيازة الشيء، و لم يتم تنفيذه.

١٤٦ـ الشرط الثاني: وجود التزام على الحابس بأداء شيء مما يعني التقابل بين دينين

لا بد لقيام الحق في الحبس من وجود محل يرد عليه الحق، ويلتزم الحابس بأدائه لتعلق حق المدين به، ويكون في يد الحابس أو في ذمته. أما محل الحق في الحبس، وهو الدين الذي يلتزم الدائن بأدائه، فقد يتعلق بعين معينة بالذات سواء كانت عقاراً أو منقولاً. والغالب أن يرد الحق في الحبس على شيء مادي يكون في يد الدائن. كعين يبيعها مالكها ويلتزم بتسليمها. إلا أن له أن يقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفي ثمنها. وقد يتعلق بشيء معين بالنوع كالنقود وسائر المثليات.كأن يحبس المشتري الثمن في يده حتى يتسلم المال المبيع. وقد يكون محل الدين عملاً. كأن يحبس مصلح الثلاجات الثلاجة في يده بعد تصليحها حتى يستوفي أجرته. وقد يكون المحل امتناعاً عن عمل. كأن يقف من تعهد بعدم منع جاره من المرور في أرضه تنفيذ التزامه. فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي ما تقرر له من تعويض عادل. ولا يتصور أن يرد الحبس على الأشخاص. (١) فلا يجوز لمستشفى مثلاً، أن تحبس المريض أو المولود عن ذويه حتى يستوفي أجوره. وإذا كان الحق في الحبس يرد على كل دين أياً كان محله، فلا عبرة لقيامه بمصدر الدين كذلك. فقد ينشأ الدين عن عقد وقد ينشأ عن مصادر الالتزام الأخرى. وإذا وقع الحبس على شيء مادي فينبغي أن لا يكون هذا الشيء من الأموال العامة، أو من الأموال التي لا تقبل الحجز عليها، أو من الأموال التي لا تقبل الحجز عليها إلا لاقتضاء ديون معينة. وينبغي أن يكون المحل الذي يقع عليه الحبس في يد الدائن أو في ذمته. وغالباً ما يكون شيئاً مادياً في يد الحابس مملوكاً للمدين. ومع

---

(١) السنهوري. الوسيط. ج-٢. ص ١١٣٩

ذلك، يجوز أن يكون مملوكاً للغير أو مملوكاً للدائن الحابس نفسه. ويجوز أن لا يحوز الحابس الشيء نفسه وإنما يحوزه عدل يتفق عليه الحابس والمالك[1].

ويشترط في الحائز للشيء كي يثبت له الحق في حبسه أربعة شروط. أولها، أن لا تكون حيازته للشيء مجرد حفظ مادي تقتضيه واجبات وظيفته. فلا يجوز للصراف في محل تجاري أن يحبس الخزانة المكلف بحفظها حتى يستوفي أجره. ثانيها، أن يظل الشيء في حيازته. فإذا خرج من يده بإرادته تعذر عليه استرداده وحبسه. ثالثها، أن يكون ملتزماً بأدائه لمدينه، لأن تعلق حق المدين بالشيء شرط لنشوء الحق في الحبس. رابعها، أن يكون الشيء قد وصل إلى يده عن طريق مشروع. فلا يجوز لمن اغتصب العين من صاحبها أن يحبسها عنه حتى يستوفي ما اتفق عليها.

١٤٧ـ الشرط الثالث: قيام الارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بالأداء

لا يكفي لقيام الحق في الحبس وجود دين في يد الدائن أو في ذمته يلتزم بأدائه لمدينه، وإنما ينبغي أن يتحقق الارتباط بين الدينين. وإلى هذا الارتباط أشارت الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ من قانوننا المدني التي قضت بأن: (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته، نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به). ويرى الفقه العراقي[2] أن عبارة (نشأ بسبب التزام المدين) التي توحي بأن الحق في الحبس قاصر على العقود الملزمة للجانبين، عبارة لم يوفق المشرع العراقي في صياغتها وتخالف في معناها ما قصده المشرع. والحق أنه لم يقصد بهذه العبارة، غير أن الالتزام الذي لم يوف الدائن به، نشأ بمناسبة التزام المدين وارتبط به. ولذلك لا يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد مرادفاً للحق في الحبس، وإنما يعتبر تطبيقاً له يرد في العقود التبادلية الكاملة.

ويبدو الارتباط على نوعين: أولهما، قانوني. وثانيهما، مادي أو موضوعي. والحق

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي. التأمينات ص ١٦٥

(٢) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٤٥٩

في الحبس ينبسط على هذين النوعين من الارتباط في القانون العراقي لأن المشرع لم يحدد نوع الارتباط المقصود.

أما الارتباط القانوني فهو ما ينشأ عن علاقة قانونية بين التزامين أياً كان مصدر هذه العلاقة، عقداً كان أم سواه. ويصح أن يسمى بالارتباط التبادلي، لأنه يتميز بالعلاقة التبادلية بين التزامين. والارتباط التبادلي قد ينشأ عن عقد ملزم للجانبين. وفيه يكون عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه سبباً لامتناع الطرف الثاني عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام حتى ينفذ الطرف الآخر ما تعهد بتنفيذه. ويسمى امتناعه عن التنفيذ، بالدفع بعدم تنفيذ العقد، وهو تطبيق للحق في الحبس. وقد تنشأ العلاقة التبادلية في العقد الملزم لجانب واحد، بين الالتزامات الناشئة عنه، وبين الالتزامات التي تنشأ بسبب تنفيذه والتي يكون الكسب دون سبب أو العمل غير المشروع مصدرها. فللوديع أن يحبس الوديعة في يده إذا أنفق مصاريف لحفظها أو لحقه ضرر بسببها، حتى يسترد ما أنفق أو يتقاضى ما استحق من تعويض. وواضح أن ما ترتب في ذمة الوديع من دين، وهو الالتزام بالرد، قد نشأ عن عقد الوديعة. أما التزام المودع فقد نشأ عن مصدر آخر هو الكسب دون سبب بالنسبة للمصاريف والعمل غير المشروع بالنسبة إلى التعويض.

وقد تقوم العلاقة التبادلية على أساس غير عقدي، فإذا رفع الحجر عن المحجور كان على الولي أو الوصي أو القيم أن يرد إليه ما تحت يده من ماله. إلا أن لأي منهم الحق في حبس المال إذا كان قد أنفق في تنفيذ الولاية ما يحق له استرداده حتى يستوفي ما أنفق. لأن التزام الولي أو الوصي أو القيم برد المال يرتبط بالتزام المحجور برد النفقات ارتباطاً تبادلياً. فقد نشأ أحدهما بسبب الآخر وإن لم يكن هناك ثمة عقد بنيهما.

أما الارتباط المادي أو الموضوعي، فهو الارتباط الذي لا ينشأ عن علاقة تبادلية بين دينين، وإنما يقوم على واقعة مادية هي حيازة الشيء وما تؤدي إليه من وجوب

استيفاء الحائز حقاً له نشأ عن الشيء الموجود تحت يده والذي يلتزم برده إلى مدينه. فهو ارتباط يرجع إلى الشيء الذي يلتزم الحائز برده والذي نشأ عن حقه، دون حاجة إلى قيام علاقة أخرى غير الحيازة بين حابس الشيء وبين من له حق استرداده. وتطبيقات هذا النوع من الارتباط كثيرة في القانون. منها ما نص عليه المدني العراقي في المادة ٢٨١ المار ذكرها. وبمقتضاها يجوز لمن أنفق على ملك غيره وهو في حيازته مصروفات ضرورية أو نافعة، ولمن بنى على ملك غيره أو غرس فيه أشجاراً، أن يحبس الشيء في يده، إلا إذا كان التزامه بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كالغصب والسرقة.

المطلب الثاني
آثار الحق في الحبس

١٤٨ـ نصوص تشريعية وتمهيد

أشارت المادة ٢٨٣ إلى الآثار المترتبة على الحق في الحبس وقررت ما يأتي:

(١ـ مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه. ٢ـ وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء، ويقدم حساباً عن غلته. ٣ـ وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه). وإذا كانت هذه المادة تبدو مقتصرة على بيان الآثار المترتبة على حبس عين معينة بالذات، إلا أنه يلزمنا أن نميز بين صورتين لمحل الحق في الحبس. هما: العين والدين. والواقع أن المحل الذي يرد عليه الحق في الحبس، قد يكون عيناً في يد الحابس، وقد يكون ديناً في ذمته. والعين هي الشيء المعين بالذات. أما الدين فهو كل ما لم يتعين بذاته، كأن يكون من النقود أو أي شيء آخر تعين بجنسه فقط. ولا يقع حبس

الدين إلا في العقود الملزمة للجانبين. أما حبس العين فقد يقع في العقود الملزمة للجانبين كما يقع في العقود الملزمة لجانب واحد. ويقع كذلك في الحالات التي لا تقوم فيها علاقة تعاقدية بين طرفين. ولذلك، يحسن بنا الكلام على كل من حبس الدين وحبس العين في الفقرتين الآتيتين.

١٤٩ـ الآثار المترتبة على حبس الدين وخضوعها لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد

ذكرنا أن المادة ٢٨٣، لم تشر إلى آثار الحق في حبس العين. أما إذا كان الشيء المحبوس ديناً، فقد تركت آثار الحق في حبسه إلى قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد. ويترتب على هذه القواعد حكمان. أولهما، حق المتمسك بهذا الدفع في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي دينه. وثانيهما، سريان الدفع في حق الغير إذا كان الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بهذا الدفع. ولا يحتاج التمسك بهذا الدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر.

أما الحكم الأول فمفاده، أن لأي من المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين أن يقف تنفيذ التزامه إذا كان حقه المترتب في ذمة المتعاقد الآخر مستحق الأداء في الحال، وكان الأخير ممتنعاً عن تنفيذ التزام نشأ بسبب التزام الطرف الأول وارتبط به. فإذا كان الالتزام الموقوف، التزاماً بنقل حق عيني ورد على عقار، كالتزام البائع بنقل الملكية، امتنع البائع عن مساعدة المشتري في إنجاز إجراءات تسجيل العقد كي لا تنتقل الملكية إليه. وإذا كان التزاماً بدفع مبلغ من النقود، كالتزام المشتري بدفع الثمن أو التزام المستأجر بدفع الأجرة، امتنع كل منهما عن الدفع. وإذا كان التزاماً بعمل، كالتزام المقاول ببناء دار، توقف المقاول عن أعمال البناء. وإذا كان التزاماً بالامتناع عن عمل، كتعهد بائع المتجر بالامتناع عن مباشرة التجارة في نفس الحي منعاً للمزاحمة، استمر البائع في تجارته في الحي ذاته. أما إذا كان الالتزام الموقوف التزاماً بتسليم عين، كالتزام البائع بتسليم العين المبيعة، اختلط الدفع بعدم تنفيذ العقد بالحق

في الحبس، وكان حكمه حكم حبس العين. فيمتنع البائع عن تسليم العين حتى يستوفي حقه.

وأما الحكم الثاني، وهو سريان الدفع بعدم تنفيذ العقد في حق الغير، فمفاده أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يسري في حق الغير متى كسب الغير حقه بعد قيام حق المتعاقد في التمسك به. ويقصد بالغير، من كان غير المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، لأن الدفع يسري في حقهم جميعاً. وعليه فإن للمشتري أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له وأن يمتنع عن دفع الثمن، إذا كان البائع قد أحال شخصاً ثالثاً بالثمن و لم يكن قد سلم المبيع إلى المشتري وللبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع في مواجهة كل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة، كالمشتري الثاني والموهوب له، إذا كان المشتري لم ينفذ التزامه بدفع الثمن.

وترد على التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ملاحظات ثلاث. أولاها، أن التمسك بهذا الدفع إذا وقع في عقود المدة أو العقود الزمنية أفضى إلى إنقاص مقدار محل الالتزام. فإذا لم يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بالمأجور فترة من مدة الإيجار اعتبر المؤجر ممتنعاً عن تنفيذ التزامه خلال هذه الفترة. ويجوز للمستأجر أن يدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم خلالها من الانتفاع بالمأجور وينقص التزام المستأجر بدفع الأجرة بمقدار ما يقابلها من مدة(١) . ثانيتها أن طبيعة الالتزام قد لا تسمح بوقف تنفيذه. ولا يكون في وسع الدائن عندئذ إلا المطالبة بفسخ العقد دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه ويقع ذلك إذا كان التزام الدائن التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل. فإذا تعهد مغن بالامتناع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال، أو تعهد صانع بصنع مصنوعات لعرضها في معرض يقام في وقت معين، وامتنع المدين عن دفع المبلغ إلى المغني أو إلى الصانع، لم يكن في وسع هذين إلا فسخ العقد، لأن طبيعة الالتزام لا تحتمل وقف

---

(١) عبد الحي حجازي. عقد المدة. ص ١٦٦

تنفيذه[1]. وثالثها، أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ متروك أمره إلى تقدير المتمسك به دون أن يوكل اللجوء إليه إلى تقدير القضاء. لأن أثره يقتصر على وقف تنفيذ الالتزام دون أن يتعداه إلى حل الرابطة العقدية وزواله.

١٥٠ـ الآثار المترتبة على حبس العين وخضوعها لحكم المادة ٢٨٣

حكمت المادة ٢٨٣ آثار الحق في حبس عين معينة بالذات، فأشارت إلى حقوق الحابس وذكرت واجباته. وفي وسعنا أن نجملها فيما يلي.

١٥١ـ حقوق الحابس للعين

تتلخص حقوق الحابس فيما يلي: (١) الامتناع عن تسليم العين. إذ يحق للدائن الامتناع عن رد العين المحبوسة عن المدين الذي يغلب أن يكون مالكاً لها حتى يستوفي كامل حقه دون حاجة إلى حكم أو إعذار. ويلاحظ على حق الحابس في الامتناع عن الرد، أن أثر الحبس يقتصر على الحيازة المادية للعين دون أن تتأثر منه ملكيتها، وأن من له الحق في استرداد العين ليس له أن يطالب الحابس بردها حتى يستوفي الحابس حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات[2]. ولكنه إذا استردها بموافقة الحابس اعتبر ذلك نزولاً من الحابس عن حقه وأفقده الحق في طلب استردادها. أما إذا استردها عنوة أو خلسة اعتبر ذلك اعتداء على الحق في الحبس وجاز للحابس المطالبة بردها خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج العين من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجها. وبذلك قضت الفقرة الثامنة من المادة ٢٨٤ من قانوننا المدني. كما يلاحظ أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة[3]. فلو وفى المدين جزءاً من الدين ظل الدائن حابساً للشيء كله حتى يستوفي كامل حقه ولا يجبر على تسليم جزء منه، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. وجدير بالذكر، أن حبس العين قد يؤثر على مقدار محل الالتزام إذا

---

(١) السنهوري. الوجيز. ص ٢٨٨

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي. التأمينات. ص ٣٥٤

(٣) بلانيول وريبير واسمان. جـ٦. ف ٤٥٧

كانت المدة عنصراً فيه، بنسبة المدة التي امتنع فيها تنفيذه. فلو جس المؤجر العين عن المستأجر فإن ذلك يفضي إلى نقص في التزام المستأجر بدفع الأجرة يقابل المدة التي حرم خلالها من الانتفاع بالمأجور. وقد ينتهي مصير العقد إلى الفسخ بسبب الحبس. (٢) الامتناع عن تسليم ما تنتجه العين من غلة أو ثمرات. ومع ذلك فحق الحابس يقتصر على حبسها فقط، أما ملكية الغلة والثمرات فتؤول إلى مالك العين الذي لا يحرم إلا من حق استعمالها. ويبقى للمالك حق التصرف فيها، وتدخل في الضمان العام للدائنين بشرط أن لا يخل التنفيذ عليها بحق الحائز في الحبس. يترتب على ذلك، أنه ليس في وسع الحائز تملك الغلة أو الثمرات. ولا يترتب له امتياز عليها وإنما يكون شأنه شأن سائر الدائنين. فإن باعها استيفاءاً لحقه فقد حقه في حبسها وتعرض لمزاحمة غيره من الدائنين. أما إذا كانت معرضة للتلف جاز له أن يستأذن من القاضي في بيعها. وعندئذ لا يسقط حقه في الحبس وإنما يقوم ثمنها مقامها وينتقل الحق في الحبس إليه ويظل الحائز حابساً للثمن حتى يستوفي حقه. (٣) الاحتجاج بالحق في الحبس على ورثة المدين ودائنيه العاديين. فكما يحق للحائز حبس العين وما ينتجه عن المدين، يحق له حبسها عن خلفه العام، أي عن ورثته. إذ لا يتصور أن يكون للخلف العام حقوق أكثر مما لسلفه. كما يجوز له حبسها عن دائني مدينه العاديين لأنهم في حكم الخلف العام، ولأن القول بغير ذلك يؤدي إلى انتفاء جدوى الحق في الحبس. ويلاحظ أن الحق في الحبس ينتقل من الحابس إلى ورثته الذين يحق لهم حبس العين وما تنتجه حتى يستوفوا حقوقهم. (٤) الاحتجاج بالحق في الحبس على الغير[1] . ويقصد بالغير هنا، الخلف الخاص. وهو من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقاً عينياً عليها، كالمشتري والدائن المرتهن، لأن الحبس لا يبطل حق المالك في التصرف في العين كما ذكرنا. وإذا كان الفقهاء مختلفين في الرأي تجاه سريان الحق في الحبس في حق

---

(١) نور سلطان. المرجع السابق. ص ١٩٣ ومرجعه لوزن ج-٢٩. ف ٢٩٢. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات. ب ٤١٨. سليمان مرقس. التأمينات. ف ٤١٨. جوسرن. ج-٢. ف ١٤٦٩.

الخلف الخاص، إلا أن الرأي الذي نرجحه، هو سريان الحق في الحبس في حق الخلف الخاص إذا كان سبب الحبس اتفاق مصروفات على العين المحبوسة لأن هذه المصروفات أفادت العين المحبوسة فحفظتها أو زادت في قيمتها. أما إذا كان سبب الحبس غير إنفاق المصروفات وكانت العين منقولاً، سرى الحق في الحبس في حق من ترتب له حق عيني عليها بعد ثبوت الحق في الحبس. ويسري كذلك في حق من ترتب له الحق العيني قبل نشوء الحق في الحبس إذا كان الحائز حسن النية أي جاهلاً ثبوت حق الخلف الخاص وقت نشوء حقه في الحبس. لأن حبس العين يعني حيازتها، وحيازة المنقول بحسن نية له هذا الحكم. إلا أن الحق في الحبس لا يسري في حق الخلف الخاص الذي ثبت له حق عيني على عقار حبس بسبب غير اتفاق المصروفات وكان ثبوت حقه سابقاً على نشوء الحق في الحبس، وقام بتسجيل عقده قبل قيام حق الحائز في حبس العقار. أما إذا كان صاحب الحق العيني قد سجل حقه بعد ثبوت حق الحائز في الحبس، انصرف إليه أثر الحبس واستطاع الحائز التمسك بحقه في حبس العقار في مواجهته، لأن القول بغير ذلك يمكن المدين من حرمان الحائز من حقه في الحبس عن طريق التصرف في العين وتسجيل التصرف. (٥) لا يخول الحق في الحبس امتيازاً للحابس، وإن تميز عن غيره من الدائنين أحياناً من الناحية العملية. فمجرد ثبوت الحق في حبس العين لا يعطي الحابس حق امتياز عليها ولا يتقدم غيره من الدائنين في استيفاء حقه في ثمنها إذا بيعت وأريد توزيع الثمن، إلا إذا خوله القانون امتيازاً إضافة إلى حقه في الحبس. وقد قرر القانون حق الامتياز لديون عديدة، منها المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح (م ١٣٧١. م.ع). ومع أن هذا الحق لا يكفل للحابس أولوية قانونية إلا أن الحابس قد يكون في مركز يتميز به على غيره من الدائنين من الناحية الفعلية إذا أراد ذوو المصلحة تخليص الشيء من يده فإذا نفذ غير الحائز من الدائنين على العين وبيعت جبراً إلى من رسا عليه المزاد، وشعر الحائز أن نصيبه في توزيع الثمن لا يفي بكامل حقه، جاز له حبس المبيع عمن رسا المزاد عليه.

وقد تقتضي مصلحة الراسي عليه المزاد والدائنين الآخرين كي يكون التنفيذ مجدياً، الاتفاق عندئذ على إيفاء الحائز حقه كاملاً لتسلم المبيع منه.

١٥٢ـ واجبات الحابس للعين

فرض القانون جملة من الواجبات على الحابس نوجز ذكرها فيما يلي: (١) المحافظة على العين المحبوسة. وما دام المشرع العراقي، خلافاً للمشرع المصري، لم يحدد مدى هذه المحافظة، فإنها ينبغي أن تكون محافظة الشخص المعتاد طبقاً للقواعد العامة. (٢) بيع العين المحبوسة إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف. وإلى هذا الواجب أشارت الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٣ (م.ع). وهذا الواجب يتفرع من الالتزام بالمحافظة على الشيء. وبمقتضاه يجب على الحابس أن يحصل على إذن من المحكمة ببيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة إذا اعتقد أنه يهلك أو يتلف لو أبقاه في يده، وإلا كان مقصراً وتحمل مسئولية هلاكه أو تلفه، وإن كانت صياغة النص توحي بأن بيع الشيء يقع جوازاً لا وجوباً. وكان أفضل للمشرع العراقي لو استعمل لفظ (على الحابس) بديلاً عن لفظ (للحابس) في نصه. (٣) تقديم حساب عن غلة العين المحبوسة. فيحق للحابس أن يتسلم الغلة وأن يحبسها عن مالك العين كما بينا ذلك في حقوق الحابس، إلا أن عليه أن يقدم حساباً للمالك عما أنتجته وما قبضه منها. ويلزمه أن يرد العين وما أنتجته لمالكها عندما يستوفي حقه منها. وإذا استعمل العين وانتفع بها فلا يجوز أن يقع ذلك دون مقابل، وإنما يجب عليه أن يدخل قيمة ما استفاده في حساب غلة العين وأن يردها إلى مالكها. أما إذا كلفه حبسها نفقات فلا يستطيع خصم ذلك من غلتها، وإنما يحق له أن يضيفها إلى ما ترتب له من دين ترتب في ذمة مدينه وحبست العين من أجله. وجدير بالذكر، أنه لا يجوز للحابس أن يستولي على الغلة ليخصمها من دينه[١] قياساً على حق الدائن المرتهن رهن حيازة ذلك لسببين. أولهما أن الرهن الحيازي تأمين عيني يخول صاحبه حقوقاً لا

---

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٤٨٥

تترتب على الحق في الحبس الذي لا يعدو أن يكون مجرد امتناع مؤقت عن التنفيذ لا يخول صاحبه امتيازاً ما. وثانيهما أن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري التي تعتبر مصدراً تفسيرياً لقانوننا في الحالات التي ينقل النص العراقي حكمها، لأن القانون المدني المصري مصدر تاريخي لقانوننا، ولأن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ من قانوننا استمدت من القانون المصري وجاءت مطابقة لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ فيه، تؤكد انصراف نية المشرع المصري إلى عدم منح الحابس حقاً يماثل حق المرتهن رهن حيازة في خصم ثمن الغلة من المدين. (٤) المسئولية عن الضرر الذي يلحقه الشيء المحبوس بالغير. ذلك لأن السيطرة الفعلية في الرقابة والتوجيه، وهي أساس المسئولية عن الأشياء، ما دامت للحابس دون المالك، فإن مسئولية ما يلحقه الشيء بالغير من ضرر تكون على الحابس وحده. وذلك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية التي سبق لنا تفصيلها في مصادر الالتزام، وإليها ينبغي الرجوع. (٥) رد العين المحبوسة. ذلك لأن الحابس يلتزم برد العين المحبوسة إلى من له حق استردادها متى استوفى حقه وانقضى الحق في الحبس باستيفائه. ومدى التزام الحابس بالرد وما ينطوي عليه من مدى تحمل تبعة هلاك الشيء المحبوس لا يقاس على مدى التزام الدائن المرتهن رهناً حيازياً برد المرهون. ذلك لان التزام المرتهن بالرد ينشأ عن عقد الرهن، وهو التزام بتحقيق نتيجة يفضي إلى مسئولية المرتهن عن هلاك الشيء أو تلفه إلا إذا أثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي. أما التزام الحابس بالرد فينشأ عن العلاقة القانونية القائمة بينه وبين من له الحق في استرداد الشيء، عقدية كانت أو غير عقدية. وهذه العلاقة هي التي ترسم مدى الالتزام بالرد وتحدد من يتحمل من الطرفين تبعة هلاك الشيء. فإذا هلك الشيء بخطأ الحابس قبل استيفائه حقه كان مسئولاً عن هلاكه. وإذا هلك بسبب أجنبي قبل انقضاء الحق في الحبس انقضى التزام الحابس بالرد. وإذا هلك في يد الحابس بعد استيفاء الحق كان مسئولاً عن هلاكه وإن حدث الهلاك بسبب أجنبي، لأنه يعتبر غاصباً بعد تأخره في الرد إلا إذا كان قد أعذر مدينه

بوجوب تسلمه أو أثبت أن الشيء كان عرضة للهلاك وإن سلمه إلى ذي الحق في استرداده. وإذا كان حابس الشيء هو بائعه بسبب عدم استيفائه ما هو حال من ثمنه تحمل المشتري تبعة الهلاك إلا إذا هلك الشيء بفعل البائع (م ٥٤٧، م.ع).

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

١٥٣ـ ينقضي الحق في الحبس بأحد طريقين

هما: انقضاؤه بطريق تبعي وانقضاؤه بطريق أصلي. أما الطريق التبعي، فيعني انقضاءه تبعاً لانقضاء الدين المضمون به. وأما الثاني، فيعني انقضاءه بصورة مستقلة عن الدين المحبوس فيه، فينقضي ويظل الدين المضمون به قائماً.

١٥٤ـ انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

لما كان الحق في الحبس قد شرع ضماناً لحصول الحابس على حق ترتب له في ذمة مالك الشيء المحبوس أو في ذمة من له الحق في استرداد العين المحبوسة إذا لم يكن مالكها لها، فهو إذن حق تابع للالتزام المضمون به، وينقضي تبعاً لانقضاء حق الحابس في ذمة المدين. وينقضي حق الحابس بالوفاء، أو بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل والتجديد والإنابة في الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة. وقد ينقضي دون وفاء كانقضائه بالإبراء أو باستحالة التنفيذ.

ومع ذلك فإن ثمة ملاحظتين تردان على سقوط الحق في الحبس بطريق تبعي. أولاهما أن الحق في الحبس لا يسقط إلا إذا انقضى حق الحابس كله، بالوفاء أو بغيره، دون أن يتخلف جزء منه. وثانيهما، أن الحق في الحبس لا يسقط بالتقادم وذلك للسببين الآتيين: (١) أنه لا يسقط بتقادمه هو، لأنه حالة مادية مستمرة لا يتصور

فيها التقادم[1] . (٢). أنه لا يسقط بتقادم الحق المضمون به. فحق الحابس الثابت في ذمة المدين لا يتقادم ما دام الشيء محبوساً في هذا الحق. ذلك لأن وجود الشيء في يد الحابس يعتبر إقراراً ضمنياً مستمراً من المدين بوجود الدين في ذمته، ومن شأن إقرار المدين بحق الدائن، قطع التقادم الخاص به بمقتضى حكم المادة ٤٣٩ من قانوننا المدني.

١٥٥ـ انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

ويقصد بذلك، انقضاء الحق في الحبس بطرق خاصة به مستقلة عن الدين المضمون به، وإن بقيت ذمة المدين مشغولة بالدين. وعليها نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ والمادة ٢٨٤ من قانوننا المدني. ويستفاد بعضها ضمناً أو من المفهوم المخالف لنصوص أخرى. وعلى العموم فإن انقضاء الحق في الحبس بصفة أصلية يتحقق بالطرق الآتية:

أولاًـ تقديم تأمين كاف للوفاء بالدين المضمون بالحبس. وبذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ المار ذكرها في صدر هذا المبحث. وبمقتضاها يسقط الحق في الحبس إذا قدم الدائن في الالتزام برد الشيء المحبوس تأميناً كافياً للوفاء بما في ذمته من دين، سواء كان التأمين شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن. ويتولى القاضي تقدير كفاية ما قدمه الدائن لتأمين حق الحابس إذا لم يقتنع الأخير بكفايته، لأن تقرير كفاية التأمين يعتبر مسألة وقائع تخضع لتقدير القاضي عند الخلاف.

ثانياًـ نزول الحابس عن حقه في الحبس، سواء وقع ذلك صراحة أو دلالة، وسواء كان نزوله عنه مقروناً بزوال الحيازة أو غير مقرون بالتخلي عنها. فيسقط الحق في الحبس إذا نزل عنه الحابس صراحة قبل أن يستوفي حقه. كما لو سلم الحابس الشيء برضاه إلى مالكه، أو إلى خلفه الخاص إذا تصرف فيه المالك، أو أعلن نزوله عنه. وقد يقع نزوله عنه دلالة كما لو خرج الشيء من حيازته. لأن خروجه من يده قرينة على خروجه برضاه حتى يثبت العكس. وقد لا يقترن النزول عن الحق بالتخلي عن الحيازة

---

(١) السنهوري. المرجع السابق. ص ١١٣٩

وقت النزول، كما لو نفذ الحابس بحقه على الشيء المحبوس وشرع في بيعه جبراً. إذ يلتزم بتسليم الشيء إلى من رسا عليه المزاد ولا يجوز له استرداده إذا لم يستوف حقه كاملاً، ولا ينتقل حقه في الحبس إلى ثمنه. وقد يكون النزول عن الحق مقروناً بزوال الحيازة إذا لم يطلب الحابس استرداد الشيء في الميعاد الذي حدده القانون طبقاً لما ورد في المادة ٢٨٤ المار ذكرها.

ثالثاً ـ إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء أو بتقديم حساب عن غلته. ذلك لأن الحابس يلتزم بالمحافظة على الشيء محافظة الرجل المعتاد، لأنه التزام ببذل عناية. فإن قصر في ذلك فإنه يكون قد أخل بالتزام فرضته عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ من قانوننا المدني. وعندئذ يجوز للمالك أن يستصدر من القضاء حكماً بإسقاط حق الحابس بسبب تقصيره.

رابعاً ـ هلاك العين المحبوسة

ينقضي الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة، لأنه قوام الحق في الحبس هو الحيازة المادية لها. وهلاك العين قد يكون بخطأ الحابس، وعندئذ يكون مسؤولاً عن تعويض المالك عنها. وقد يكون بخطأ الغير، وعندئذ يحكم على الغير بالتعويض عنها. وقد يكون بسبب أجنبي لا يد للحابس في وقوعه كقوة قاهرة. وفي هذه الحالة لا يتحمل الحابس تبعة هلاكها وإنما يتحمل المالك هذه التبعة. ذلك لأن يد الحابس تعتبر يد أمانة لأنه حبس العين لسبب مشروع، والجواز الشرعي ينافي الضمان طبقاً لحكم المادة السادسة من القانون المدني العراقي. وليس للحابس عند هلاك العين بسبب أجنبي أن يطالب المالك بعين أخرى كي يحبسها محل العين الهالكة، خلافاً لحق الدائن المرتهن رهناً تأمينياً أو حيازياً. ذلك لأن الراهن التزم بتقديم ضمان خاص للمرتهن تأميناً لدينه، وإذا هلك الضمان التزم بتقديم ضمان خاص آخر وإلا جاز للمرتهن أن يطالبه بالوفاء فوراً. أما مالك العين المحبوسة فإنه يلتزم بتقديم ضمان خاص للحابس كي يستبدل بالشيء الهالك عيناً أُخرى، وإنما حبس عنه بقوة القانون وبالرغم من

إرادته. وإذا هلكت العين المحبوسة بفعل الغير وحكم عليه بالتعويض. أو كانت العين مؤمناً عليها، فإن الحق في الحبس ينتقل في رأينا[1] إلى مبلغ التعويض أو التأمين وهو شيء تجوز حيازته، وتكون حيازته بمثابة حيازة العين ذاتها ويحق للدائن حبسه ضماناً لاستيفاء حقه.

---

(١) عبد الباقي البكري. المرجع السابق. ص ٤٩٨

الباب الثاني
أوصاف الالتزام

تمهيد

١ـ الوصف الذي يمكن أن يلحق الالتزام إما أن يلحقه في الرابطة ذاتها فيؤثر وجودها أو نفاذها. فإذا أثر في وجودها فجعل وجودها غير مؤكد فهو «شرط» وإذا أثر في نفاذها فجعلها غير نافذة فهو «أَجل». وأَما أَن يلحق الوصف أَحد طرفي الرابطة القانونية، الدائن والمدين، فيصبح هذا الطرف متعدداً، فهو «تعدد طرفي الالتزام». وأخيراً قد يلحق الوصف محل الالتزام، فيتعدد بعد أن كان واحداً، ويقال له في هذه الحالة «تعدد محل الالتزام». وعليه فنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول، نخصص الأول للشرط والثاني للأجل والثالث لتعدد طرفي الالتزام والرابع والأخير لتعدد محل الالتزام.

الفصل الرابع
الشـــرط

تمهيد وتعريف

٢ـ يطلق الشرط في العرف على معنيين:

الأول ـ المعنى الحديثي، أي الفعلي أو وقوع فعل. وهو بهذا المعنى مصدر فعل «شرط». فهو شارط للأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه. وفي القاموس هو «إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه». وقد يتجوز في لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على المشروط نفسه، أي على اسم المفعول، كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه. وبهذا المعنى يراد الشرط في الحديث الشريف «المؤمنون عند شروطهم»، أي الشرط بمعنى كونه مصدراً. إما مستعملاً في معناه، أي إلزاماً على أنفسهم، وإما مستعملاً بمعنى ملتزماتهم (الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب. ص ٢٧٥).

الثاني ـ المعنى الإصلاحي. وهو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته أو ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء. وهو، أي الشرط، بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر. فهو ليس فعلاً ولا حدثاً. مثال ذلك يشترط للقبول في الجامعة الحصول على شهادة الدراسة الإعدادية. فهذه الشهادة شرط للقبول في الجامعة، ومن لا يحملها لا يقبل في الجامعة، ولكن ليس من المحتم قبول كل من يحمل هذه الشهادة.

الفقه الإسلامي

٣ـ وفي باب المعاملات يميز الفقهاء المسلمون بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط. مثال الأول ما إذا قال شخص لآخر: «إذا سافر مدينك فأنا كفيله» فنشوء الكفالة تعلق على سفر المدين. لذلك يعرف الفقهاء المسلمون الشرط التعليقي، أو التعليق على شرط، بأنه: «ربط حصول أمر بحصول أمر آخر «أو» تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى مرتبطة بها بأداة الشرط» . ومثال الثاني شراء شيء بشرط تصليحه إذا احتاج إلى التصليح في خلال مدة معينة، والزواج بشرط أن لا يخرج زوجته من بلدها أو بشرط أن يكون للزوجة حق الطلاق، الخ...

الفقه الغربي

٤ـ ويعرف الفقه الغربي الشرط كوصف من أوصاف الالتزام بأنه: «أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله» . فإذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط قيل له « شرط واقف» ، وإذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط قيل له « شرط فاسخ» . ويتفق هذا التعرف مع الشرط التعليقي الذي يقول به الفقهاء المسلمون.

خطة البحث

٥ـ والكلام في الشرط يقتضي معرفة مقوماته، أي الشروط التي يجب توفرها فيه لينتج أثره، وأنواعه، وأخيراً الآثار التي تترتب عليه ونرى كلاً من ذلك في فرع خاص.

الفرع الأول
مقومات الشرط أو شروطه

شرطان

٦ـ شروط الشرط أو مقوماته اثنان: ١ـ أنه أمر مستقبل. ٢ـ أنه أمر غير محقق الوقوع. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

أولاً ـ أمر مستقبل

٧ـ يجب، ليكون الأمر شرطاً، أن يكون أمراً مستقبلاً. مثال ذلك ما إذا قال شخص لآخر: «إذا عينت موظفاً اشتريت دارك» فالتعيين في الوظيفة أمر مستقبل ومن ثم فالالتزام المعلق عليه التزام معلق على شرط.

الأمر متحقق عند التعليق: العقد منجز

٨ـ وإذا كان الأمر الذي علق عليه المتعاقد أن العقد متحققاً عند التعليق كان العقد منجزاً واجب الوفاء في الحال ولو لم يكن المتعاقد أن يعلمان بذلك. فإذا كان الشخص الذي وعد بشراء الدار إذا عين موظفاً قد عين فعلاً ولكنه لم يكن يعلم بذلك فالتزامه بشراء الدار يكون منجزاً غير معلق على شرط ويجب عليه تنفذه.

الأمر السلبي

٩ـ ويمكن أن يكون مدلول فعل الشرط أمراً سلبياً، بأن يكون عملاً يترك القيام به. مثال ذلك ما إذا أوصى شخص لزوجته بمرتب واشترط لاستحقاقها المرتب أن لا تتزوج، وذلك لكي تتفرغ لتربية أولادها. فعدم الزواج أمر سلبي علق عليه استحقاق الزوجة للمرتب.

ثانياً ـ أمر غير محقق الوقوع

١٠ـ ويجب أيضاً أن يكون مدلول فعل الشرط أمراً غير محقق الوقوع. فإذا كان الأمر الذي علق عليه العقد مستحيلاً أو محقق الوقوع في المستقبل لم يكن شرطاً.

وهذا هو الأمر الجوهري في الشرط، وبه يختلف عن الأجل. فكل منهما أمر مستقبل، ولكن الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، في حين أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم أن مدلول فعل الشرط يجب أن يكون «معدوماً على خطر الوجود» . وقد استعار القانون المدني العراقي هذا التعبير في المادة (٢/٢٨٦) منه.

الفرع الثاني
أنواع الشرط

١١ـ ينقسم الشرط من حيث أثره إلى واقف وفاسخ، ومن حيث تحققه وتخلفه إلى احتمالي وإرادي ومختلط. ونرى كلاً من ذلك في مبحث مستقل.

المبحث الأول
أنواع الشرط من حيث أثره

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١٢ـ ينقسم الشرط من حيث أثره، كما تقدم القول، إلى واقف وناسخ. ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول
الشـــرط الواقف

١٣ـ يكون الشرط واقفاً إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام، بحيث أنه إذا تحقق الشرط وانعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه، أو نشأ الالتزام في ذمة الواعد إذا كنا أمام الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام. مثال الأول ما إذا قال شخص لآخر «إذا عينت موظفاً اشتريت سيارتك بألف دينار».

وقبل الثاني. ومثال الثاني ما إذا وعد أب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان فإذا عين الشخص في الوظيفة انتقد العقد ويلزم بأخذ السيارة وإعطاء الألف دينار، وإذا نجح الابن في الامتحان استحق الجائزة من أبيه.

وإذا تخلف الشرط لم ينشأ عقد ولا التزام. وقد عبرت عن ذلك المادة (٢٨٦) من القانون المدني بقولها: «العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط» .

الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام والآداب

١٤- وإذا كان الشرط والواقف مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً ولا ينشأ عنه أي التزام (م ٢/٢٨٧). والسبب في ذلك هو أن الشرط لا يمكن أن يتحقق لاستحالة المادية أو القانونية. ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة لا النسبية. مثال ذلك تعهد شخصي لآخر بمبلغ من المال إذا هو عبر المحيط سباحة. ومثال الاستحالة القانونية التعليق على الزواج من محرم. فالقانون يمنع هذا الزواج وبالتالي فالشرط لا يمكن أن يتحقق ولا ينشأ عقد ولا التزام.

والشرط الواقف المخالف للنظام العام والآداب هو الشرط الذي يسلب الإنسان إحدى الحريات التي يعترف له القانون بها. مثال ذلك التعليق على عدم الزواج أو عدم الطلاق. فهذا الشرط باطل، إلا إذا كان هناك غرض مشروع يراد تحقيقه، كما إذا وهب شخص لمطلقته أو أوصى لها بمبلغ من المال واشترط عليها أن لا تتزوج وكان قصده من ذلك أن تكرس نفسها لتربية أولاده منها. والغالب أن يرد مثل هذا الشرط في عمل من أعمال التبرع.

الشرط الواقف ومحل العقد

١٥ـ يلاحظ أن العقد المعلق على شرط واقف مستحيل أو مخالف للنظام العام وللآداب يمكن إبطاله من جهتين: الشرط والمحل. ذلك أن محل العقد، ليكون قابلاً للتعامل، يجب أن يكون ممكناً، عملاً كان أو تركاً، وأن لا يكون مخالفاً للقانون ولا للنظام العام أو الآداب. فإذا علق العقد على شرط مستحيل أو مخالف للنظام أو الآداب كان باطلاً من جهة المحل ومن جهة التعليق. ومن هذا نرى أن بحث الشرط يجب أن يكون مع العقد، لا مع أحكام الالتزام. وعندئذ كان يجب أن يعالج هناك.

المطلب الثاني

الشـــرط الفاسخ

١٦ـ يكون الشرط فاسخاً إذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق. مثال ذلك ما إذا باع شخص شيئاً واشترط على المشتري أن يكون له استرداد المبيع من خلال مدة معينة بعد رد الثمن، وهذا هو بيع الوفاء. ففي هذا المثال العقد موجود وصحيح ولكن فسخه وزواله معلق على شرط هو رد الثمن، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وزال. فإذا رد البائع الثمن إلى المشتري فسخ البيع واسترد المبيع. وإذا لم يرد البائع الثمن في خلال المدة المتفق عليها فالشرط يكون قد تخلف ويلزم العقد ويستقر نهائياً. فالعقد من خلال مدة التعليق يكون، حسب تعبير الفقهاء المسلمين، «نافذاً غير لازم».

البيع المعلق على موافقة الغير

١٧ـ وقد يدق التمييز أحياناً ويصعب معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أم فاسخاً كما في البيع المعلق على موافقة الغير، فهل تعتبر موافقة الغير هنا شرطاً واقفاً ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير، أم شرطاً فاسخاً وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ البيع إذا لم يوافق الغير؟ يرجع الأمر في هذه الحالة إلى تبين النية المشتركة للطرفين، ويستخلص

قاضي الموضوع هذه النية من الظروف والملابسات. تبين له أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً فإنه يلتزم بهذه الإرادة ويحكم بمقتضاها.

الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام والآداب

١٨ـ مر بنا أن العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد موجود ولكن فسخه وزواله هو الذي علق على الشرط. فإذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام أو للآداب فلا يمكن أن يتحقق. ويرجع عدم إمكان تحققه إلى استحالته القانونية. فالقانون لا يعترف بالشرط إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ويترتب على ذلك أن العقد يبقى مستقراً غير معرض للزوال. ولكن إذا كان الشرط الفاسخ الذي علق عليه العقد هو الدافع إلى التعاقد فالعقد يبطل. مثال ذلك ما إذا وهب شخص لآخر شيئاً واشترط عليه أن لا يطلق زوجته، وهذا شرط مخالف للنظام العام، فإذا طلقها استرد منه الشيء. ومثال الشرط المخالف للآداب ما إذا وهب رجل لامرأة شيئاً على أن تعاشره معاشرة غير مشروعة، فإذا انقطعت عن معاشرته استرد الشيء منها. فالشرط في هذه الأمثلة فاسخ ومخالف للنظام العام وللآداب وكان هو الدافع إلى التعاقد، وعليه يبطل هو والعقد (م ٢/٢٨٧ مدني).

الشرط الفاسخ الضمني

١٩ـ هناك ما يقال له الشرط الفاسخ الضمني يفترض وجوده في العقود الملزمة للجانبين، وهو يجيز لكل من الطرفين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. ويجب عدم الخلط بين هذا الشرط وبين الشرط الفاسخ الصريح الذي نتكلم عليه لاختلاف طبيعة كل منهما عن طبيعة الآخر. فالشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً، بل هو افتراض يفترض وجوده في العقود الملزمة للجانبين لتبرير طلب الفسخ عند عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه.

المبحث الثاني
أنواع الشرط من حيث تحققه وتخلفه

٢ـ ينقسم الشرط من حيث تحققه وتخلفه إلى أنواع ثلاثة: احتمالي وإرادي ومختلط. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

١ـ الشرط الاحتمالي

٢١ـ الشرط الاحتمالي، ويقال له «محتمل» أيضاً، هو الذي يترك تحققه وتخلفه لأمر لا علاقة لإرادة أحد الطرفين به، أي لمجرد الصدفة. مثال ذلك التعليق على وفرة الإنتاج الزراعي أو صدور قانون أو التعيين في وظيفة، الخ... وحكم هذا الشرط أنه صحيح، واقفاً كان أو فاسخاً.

٢ـ الشرط الإرادي

٢٢ـ والشرط الإرادي هو المتروك تحققه وتخلفه لإرادة أحد المتعاقدين. مثال ذلك التعليق على سفر أحد المتعاقدين أو زواجه من شخص غير معين، الخ.

٢٣ـ والشرط الإرادي إما أن يتوقف تحققه وتخلفه على إرادة الدائن، ويقال له «الشرط الإرادي البسيط»، وإما أن يتوقف على إرادة المدين ويقال له «الشرط الإرادي المحض» . ويختلف حكم كل من هذين النوعين من الشرط عن حكم الآخر. فإذا توقف على إرادة الدائن كان صحيحاً لازماً، واقفاً كان أو فاسخاً. مثال الشرط الواقف ماذا قال شخص لآخر: «إذا أنت تزوجت أجرتك داري بكذا» . ومثال الشرط الفاسخ ما إذا باع شخص داره بشرط أن يكون له استردادها إذا رد الثمن في خلال مدة معينة.

وإذا توقف الشرط على إرادة المدين، فإن كان واقفاً بطل الشرط والتصرف. مثال ذلك ما إذا قال له: أبيعك داري بكذا إذا رأيت ذلك في مصلحتي. وفي هذه الحالة يكون تحقق المشرط وتخلفه متوقفاً على إرادة المدين، إن شاء أبرم العقد وإن لم يشأ

يبرمه. وبعبارة أخرى هو لم يلتزم بشيء. وإذا كان الشرط فاسخاً كان صحيحاً هو والعقد المعلق عليه. مثال ذلك خيار الشرط وهو أن يحتفظ أحد المتعاقدين بالحق في الرجوع عن العقد، أي نقضه، في خلال مدة معينة.

الشرط المختلط

٢٤ـ والشرط المختلط هو الذي يترك تحققه وتخلفه لإرادة أحد المتعاقدين وأمر خارجي. مثال ذلك أن يهب شخص لآخر داراً إذا هو تزوج من فتاة معينة. وحكم هذا الشرط أنه صحيح لازم.

الفرع الثالث
آثار الشـــرط

٢٥ـ تختلف آثار الشرط قبل معرفة مصيره، ويقال لهذه الفترة «مرحلة التعليق»، عنها بعد معرفة مصيره، أي بعد تحققه أو تخلفه. والشرط إذا تحقق أنتج أثره من حين التعليق لا من حين تحققه، أي يكون لتحققه أثر رجعي. وعليه فسنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث، نرى في الأول أثر الشرط في مرحلة التعليق، وفي الثاني أثره بعد معرفة مصيره من تحقق وتخلف، أي بعد مرحلة التعليق، وفي الثالث نرى فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط.

المبحث الأول
أثر الشرط في مرحلة التعليق

٢٦ـ يختلف أثر الشرط في مرحلة التعليق باختلاف ما إذا كان واقفاً أو فاسخاً. ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الشـــرط الواقف

٢٧ـ مثال الشرط الواقف في مرحلة التعليق ما إذا قلت لك: إذا نقلت من بغداد بعتك سيارتي بكذا وقبلت أنت هذا الإيجاب، ولم أنقل أنا بعد من بغداد، فما هي الآثار التي تترتب على هذا الإيجاب، اختلف الفقهاء في طبيعة الحق المعلق على شرط واقف، فذهب بعضهم إلى أنه حق وذهب آخرون إلى أنه مجرد أمل. والرأي الراجح يذهب إلى أنه حق موجود فعلاً ولكن وجوده غير كامل. ويترتب على كل من كون الحق المعلق على شرط واقف حقاً موجوداً ومن كونه غير كامل الوجود نتائج، نرى أهمها فيما يلي:

١ـ النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف حقاً موجوداً

٢٨ـ يترتب على كون الدائن يملك حقاً لا مجرد أمل النتائج التالية:

١ـ ينتقل هذا الحق من الدائن إلى خلفه بهذه الصفة، خاصاً كان الخلف أو عاماً.

٢ـ يجوز للدائن أن يتخذ الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه.

٢ـ النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود

٢٩ـ ويترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف غير كامل الوجود النتائج التالية:

١- لا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه. وإذا نفذ المدين التزامه معتقداً أنه ملزم بتنفيذه، فله استرداد ما دفع لأنه يكون قد دفع ما ليس بواجب عليه.

٢- لا يسري التقادم على الحق إلا من وقت تحقق الشرط.

٣- لا يتحمل صاحب الحق المعلق على شرط واقف تبعة الهلاك، ولا يستطيع التصرف بالشيء الذي له الحق عليه.

٣٠ـ ذلك موجز للآثار التي يرتبها فقها القانون المدني الوضعي على الشرط الواقف في مرحلة التعليق، فما هو الحكم في القانون العراقي؟ تقضي المادة (٢٨٨) من هذا القانون بأن «العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط» وهذا النص مأخوذ عن الفقه الإسلامي. والعقد في هذه الحالة يكون موقوفاً ويحتاج إلى الإجازة. فإذا لحقته الإجازة نفذ بأثر رجعي إلى حين صدوره، وإذا لم تلحقه الإجازة انعدام وأصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء. ولكن قبل الإجازة ما هو مركز صاحب الحق، هل يملك حقاً أم مجرد أمل؟ إذا قلنا أنه يملك حقاً فمعنى ذلك أنه يستطيع اتخاذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه كما يستطيع التصرف به، وإذا قلنا أنه لا يملك إلا مجرد أمل فمعنى ذلك أنه لا يملك هذه الأمور. هناك رأيان في المسألة، ونحن نميل إلى الرأي الذي يذهب إلى أن صاحب الحق المعلق على شرط واقف يملك حقاً لا مجرد أمل. وهذا يتفق مع الحديث الشريف «المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

المطلب الثاني
الشـــرط الفاسخ

٣١ـ مر بنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود ونافذ ولكنه على خطر الزوال. وعليه فهو في مرحلة التعليق يكون حقاً منجزاً، أي بسيطاً غير موصوف. فالدائن يملك حقاً نافذاً، ولكن حقه هذا على خطر الزوال. ويترتب على كل من هاتين الصفتين بعض النتائج نراها فيما يلي:

١ـ النتائج التي تترتب على كون الدائن يملك حقاً نافذاً

٣٢ـ يترتب على كون صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ يملك حقاً نافذاً عكس النتائج التي رأيناها في الحق المعلق على شرط واقف. وهذه النتائج هي:

١ـ للدائن أن يتخذ الوسائل التنفيذية لاستحصال حقه، وله أن يرفع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه (الدعوى البولصية)، كما له تتبع الشيء محل حقه وانتزاعه من يد أي شخص انتقل إليه.

٢ـ إذا نفذ المدين التزامه فلا يستطيع استرداد ما دفع بدعوى استرداد ما دفع دون حق، لأنه إنما دفع ديناً مستحقاً واجب التنفيذ.

٣ـ يسري التقادم على الحق المعلق على شرط فاسخ لأنه حق مستحق الأداء.

٤ـ يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يتصرف بالشيء الذي يرد عليه حقه بكل أنواع التصرفات، مقابل ذلك هو الذي يتحمل تبعة هلاكه.

٢ـ النتائج التي تترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال

٣٣ـ ويترتب على كون الحق المعلق على شرط فاسخ على خطر الزوال النتائج الآتية:

١ـ إذا استوفى الدائن حقه ثم تحقق الشرط فعليه أن يرد ما تسلمه. ولكن إذا تحقق الشرط فالمقاصة تزول بأثر رجعي ويعود الحق السابق كما كان.

القانون المدني العراقي

٣٤ـ ذلك موجز لأثر الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق في الفقه الغربي.

أما في القانون المدني العراقي فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٨٩) على أنه «العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم» والعقد غير اللازم هو العقد الذي يمكن الرجوع عنه بإرادة منفردة. فإذا كان لكل من العاقدين أن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة كان العقد غير لازم من الجانبين. وإذا كان لأحد العاقدين فقط أن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة كان العقد غير لازم من جانب واحد. ويكون ذلك عند وجود خيار لهذا العاقد. ويمكن القول بانطباق الأحكام المتقدمة في القانون المدني العراقي. ذلك أن مركز المتعاقد في هذا العقد كمركز المتعاقد في العقد المطلق

المعلق على شرط فاسخ في الفقه الغربي. مثال ذلك البيع بشرط الخيار. فإن من له الخيار يكون مالكاً تحت شرط فاسخ، يستوي في ذلك أن يكون بائعاً أو مشترياً.

المبحث الثاني
أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٥ـ يقصد بانتهاء مرحلة التعليق معرفة مصير الشرط الذي علق عليه العقد. فهو إما أن يتحقق أو يتخلف.

كيف يتحقق الشرط وكيف يتخلف

٣٦ـ إذا حددت مدة لتحقق الشرط فيجب أن يتحقق في هذه المدة، فإذا تحقق بعدها، ولو بمدة وجيزة اعتبر متخلفاً. وإذا لم تحدد مدة لتحققه فيجب الرجوع إلى النية المشتركة للطرفين لمعرفة الشكل الذي أراد أن يتحقق به. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا الصدد. وإذا تحقق الشرط أو تخلف تحدد مصير العقد نهائياً ولا يمكن الرجوع فيه.

تحقق الشرط وتخلفه بغش ممن له مصلحة في ذلك

٣٧ـ ويعتبر الشرط قد تحقق إذا حال دون تحققه عن طريق الغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف. كما أنه يعتبر قد تخلف إذا تحقق بطريق الغش من الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق.

٣٨ـ بعد هذه الكلمة الموجزة في كيفية تحقق الشرط وتخلفه نرى أثره بعد مرحلة التعليق في كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

١ـ الشرط الواقف

٣٩ـ إذا تحقق الشرط الواقف زال النقص الذي كان يشوب الحق المعلق عليه وأصبح الحق منجزاً. فيستطيع الدائن أن يطالب بحقه، كما يستطيع اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول عليه. ويسري التقادم على الحق من حين تحقق الشرط لأنه أصبح

حقاً مستحق الأداء. وإذا كان صاحب الحق قد تصرف بحقه فإن تصرفه يصبح صحيحاً لأن الحق يعتبر موجوداً من وقت التعليق لا من وقت تحقق الشرط، وهذا هو الأثر الرجعي لتحقق الشرط، وسنراه فيما بعد.

تخلف الشرط الواقف

٤٠ـ وإذا تخلف الشرط الواقف زال الوجود الناقص للحق الذي كان معلقاً عليه وأصبح كأن لم يكن موجوداً منذ البداية، وذلك بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط. ويترتب على ذلك عكس النتائج التي رأيناها فيما تقدم. فإذا لم يكن المدين قد وفى بالتزامه فلا يلزم بالوفاء، وإذا كان قد وفى فله أن يسترد ما وفاه. وإذا كان صاحب الحق قد تصرف بحقه فإن تصرفه يزول بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط. وقد أوجزت المادة (٢٨٨) من القانون المدني لأحكام المتقدمة بقولها: «العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط».

٢ـ الشرط الفاسخ

٤١ـ إذا تحقق الشرط الفاسخ زال الحق الذي كان معلقاً عليه، ويعتبر كأن لم يكن موجوداً منذ البداية، وذلك بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط. ويترتب على ذلك عكس النتائج التي رأيناها في تحقق الشرط الواقف. فإذا كان الدائن قد قبض شيئاً فعليه رده. وإذا استحال الرد بخطئه وجب عليه التعويض. وإذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي فلا يلزم بالتعويض. كما أن صاحب الحق إذا كان قد تصرف بحقه ثم تحقق الشرط فتصرفه يبطل.

تخلف الشرط الفاسخ

٤٢ـ وإذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الحق الذي كان معلقاً عليه. فهو بعد أن كان على خطر الزوال أصبح ثابتاً مستقراً غير معرض للزوال. ويترتب على ذلك أن التصرفات التي أجراها صاحب الحق في مرحلة التعليق تعتبر صحيحة وغير قابلة للزوال.

وقد أوجزت الأحكام المتقدمة الفقرة الأولى من المادة (٢٨٩) من القانون المدني بقولها: «العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وألزم الدائن برد ما أخذه. فإذا استحال الرد وجب الضمان، وإذا تخلف الشرط لزم العقد» .

استثناء ـ أعمال الإدارة الصادرة قبل تحقق الشرط

٤٣ـ وقد استثنت الفقرة الثانية من المادة (٢٨٩) المتقدمة من النتائج المترتبة على تحقق الشرط الفاسخ «أعمال الإدارة الصادرة من الدائن» ، فهذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط. مثال ذلك تأجير العقار وبيع الثمار. والحكمة من الإبقاء على هذه الأعمال هي أنها ضرورية للمحافظة على العين ويجب القيام بها في وقتها المناسب، كما يجب أن يؤمن لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء ليتيسر إجراؤها. ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذي يملك الإدارة فقد يسر له القانون مهمته بأن أبقى أعماله قائمة بعد تحقق الشرط الفاسخ.

شرطان

٤٤ـ ويجب للإبقاء على أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط الفاسخ توفر الشرطين الآتيين:

١ـ حسن نية من صدرت عنه هذه الأعمال. فيجب أن لا يتخذ منها ذريعة يعطل بها حق الطرف الآخر إذا تحقق الشرط الفاسخ.

٢ـ عدم مجاوزة المألوف من هذه الأعمال.

المبحث الثالث

الأثر الرجعي لتحقق الشرط

٤٥ـ وضعت عدة نظريات في بيان الأساس الذي تقوم عليه فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط.

٤٦ـ فذهب بعضهم إلى أن الأثر الرجعي ليس إلا افتراضاً افترضه المشرع، يقوم في اعتبار الالتزام المعلق على شرط كما لو كان منجزاً من الابتداء أو كما لو لم يوجد مطلقاً. ويترتب على هذا التعليل عدم جواز التوسع في افتراض الأثر الرجعي ووجوب قصره على الحالات التي قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقق الشرط فيها هذا الأثر. ولكن هذا التعليل لا يحل الإشكال، فيبقى بعد ذلك أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط. والحقيقة أننا لا نلجأ إلى هذا التعليل إلا إذا أعوزنا الدليل المنطقي لتبرير قاعدة قانونية نص عليها المشرع.

٤٧ـ وذهب آخرون إلى أن الحق المعلق على شرط هو حق موجود، وليس من شأن تحقق الشرط إلا تثبيت هذا الحق. بهذا القول تتفق فكرة الأثر الرجعي مع فكرة الحق المعلق على شرطِ. فالحق يسبق تحقق الشرط ولا يكون من شأن هذا التحقق أن ينشأ من عدم، بل هو يثبته وعليه يكون من الطبيعي أن ترقى آثار تحقق الشرط إلى اليوم الذي إنشاء فيه اتفاق الطرفين الحق المعلق عليه.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ، كما يؤخذ عليه أنه حتى في تفسيره للشرط الواقف يفترض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود من البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته، وفي هذا التفسير مصادرة على المطلوب ذلك أن وجود الحق منذ البداية لم به إلا لأن للشرط أثراً رجعياً، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي.

٤٨ـ ويذهب المرحوم السنهوري إلى أن فكرة الأثر الرجعي تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين. ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد ما إذا كان الشرط يتحقق أم لا، ولو كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً فيمكن إذاً في كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما

على أنهما أرادا أن يسندا أثر ـ العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط. وهذا الرأي أوجه الآراء ويتفق مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد.

القانون المدني العراقي

٤٩ـ وقد اعتبر القانون المدني العراقي الشرط يتحقق بأثر رجعي إلا إذا اتفق المتعاقدان أو قضت طبيعة العقد بخلاف ذلك. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٢٩٠) بقولها: «إذا تحقق الشرط» ، واقفاً كان أو فاسخاً، استند أثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط» .

النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقق الشرط

٥٠ـ يترتب على الأثر الرجعي لتحقق الشرط نتائج مهمة نذكر أهمها فيما يلي:

١ـ التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح، عند تحقيق الشرط، نافذة منذ البداية. وعكس ذلك هو الذي يترتب على تحقق الشرط الفاسخ، فالتصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ تزول إذا تحقق الشرط وذلك لأن صاحب الحق يعتبر كأن لم يكن مالكاً منذ البداية.

٢ـ للدائن تحت شرط واقف، إذا تحقق الشرط، أن يطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه (الدعوى البولصية)، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط، موجوداً من حين الاتفاق لا من حين تحقق الشرط.

استثناء:

٥١ـ هناك بعض الاستثناءات ترد على الأثر الرجعي لتحقق الشرط. وفيما يلي أهم هذه الاستثناءات:

١ـ بقاء أعمال الإدارة التي تتم بحسن نية وفي الحدود المعقولة قبل تحقق الشرط الفاسخ.

٢ـ إذا استبعد المتعاقدان، صراحة أو ضمناً، الأثر الرجعي واتفقا على أن الشرط ينتج أثره من حين تحققه لا من حين العقد. مثال ذلك البيع المعلق على موافقة الغير، إذا اعتبرنا موافقة الغير شرطاً واقفاً. فالبيع يتم من حين الموافقة لا من حين الاتفاق.

٣ـ إذا استعصت طبيعة العقد على الأثر الرجعي. وهذا يحصل في العقود المستمرة التنفيذ.

٤ـ إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط. (م.٢٩٠) بهذا ننتهي من الكلام على الوصف الأول من أوصاف الالتزام، وننتقل الآن إلى الكلام على الوصف الثاني وهو الأجل.

الفصل الخامس
الأجل

تعريف

٥٢ـ يمكن تعريف الأجل كوصف من أوصاف الالتزام أو العقد بأنه أمر مستقبل محقق الوقوع يضاف إليه نفاذ العقد أو انقضاؤه. فإذا كان نفاذ العقد، أو تنجيزه، هو الذي أضيف إلى الأجل كان الأجل واقفاً، وإذا كان انقضاء العقد وزواله هو الذي أضيف إلى الأجل كان الأجل فاسخاً أو منهياً.

والكلام على الأجل يقتضي معرفة مقوماته وأنواعه وأثاره وأسباب انتهائه. ونرى كلاً من هذه الأمور في فرع مستقل.

الفرع الأول
معومات الأجل

شرطان

٥٣ـ هناك شرطان يجب أن يتوفرا في الأجل، وهما:

١ـ أن يكون أمراً مستقبلاً.

٢ـ أن يكون أمراً محقق الوقوع.

ونرى كلاً من هذين الشرطين على حدة

الشرط الأول ـ أمر مستقبل

٥٤ـ يجب في الأمر ليكون أجلاً أن يكون مستقبلاً. وفي هذا يتفق الأجل مع الشرط. فكل منهما أمر مستقبل. فلو كان أمراً ماضياً أو حاضراً لما كان أجلاً ولكان العقد منجزاً غير مضاف إلى أجل، حتى لو كان المتعاقدان يجهلان عند التعاقد أن

الأجل الذي ضرباه للمستقبل كان قد حل. فلو عين الملتزم موت شخص معين أجلاً لتنفيذ التزامه وكان هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم، فالالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حال الأداء. ويكون الأجل، عادة، تاريخاً معيناً في يوم معين من شهر معين من سنة معينة.

الشرط الثاني ـ أمر محقق الوقوع

٥٥ـ ويجب أن يكون الأمر، ليعتبر أجلاً، محقق الوقوع. وفي هذا يختلف الأجل عن الشرط. وهذا الفرق بين الشرط والأجل تترتب عليه نتائج مهمة. فلما كان الشرط أمراً غير محقق الوقوع فالعقد المعلق عليه يكون غير نافذ إذا كان الشرط واقفاً، وغير لازم إذا كان الشرط فاسخاً، ومن ثم إذا تحقق الشرط فإنه يتحقق بأثر رجعي. أما الأجل فلما كان أمراً محقق الوقوع فالعقد المقترن به يكون تاماً ولكنه غير نافذ إذا كان الأجل واقفاً، أي أن حكمه مؤجل. وكذلك الحال إذا كان الأجل فاسخاً. فالعقد المقترن به يكون تاماً ولكنه مؤكد الانقضاء عند حلول الأجل، ومن ثم لا يكون لحلول الأجل أثر رجعي. مثال ذلك عقد الإيجار. فإنه مؤكد الانقضاء عند انتهاء مدته.

٥٦ـ والأجل نوعان: معين وغير معين. فالمعين هو ما كان تاريخ وقوعه معروفاً، كيوم معين في شهر معين في سنة معينة. وغير المعين هو الذي لا يعرف تأريخ وقوعه. وعدم معرفة تأريخ وقوع الأجل لا ينفي عنه صفة الأجل. ذلك أنه لما كان أمراً محقق الوقوع فإن تحققه إنما يتصرف إلى وقوعه لا إلى تاريخ وقوعه. وخير مثال للأجل غير المعين الموت. فهو أمر محقق الوقوع ولكن تأريخ وقوعه غير معروف.

التمييز بين الأجل غير المعين والشرط

٥٧ـ وقد يلتبس الأمر أحياناً بين الأجل غير المعين والشرط، وخاصة إذا استعمل الطرفان أدوات التعليق على شرط والإضافة إلى أجل كلاً مكان الآخر. مثال ذلك ما إذا قال شخص لآخر: «عندما تتزوج أؤجرك داري بكذا» ، أو «إذا أمطرت السماء

اشتريت حاصل أرضك» . في هذه الحالة يرجع إلى معيار التمييز بين الأجل والشرط، ولا أهمية للألفاظ التي استعملها المتعاقدان. فإذا كان الأمر محقق الوقوع فهو أجل ولو استعمل المتعاقدان أداة التعليق على شرط «إذا» ، وإذا كان غير محقق الوقوع فهو شرط ولو استعمل المتعاقدان أداة الإضافة إلى المستقبل «عندما». فالزواج أمر غير محقق الوقوع فهو شرط، والمطر أمر محقق الوقوع ولكن تأريخ وقوعه غير معروف، فهو أجل.

التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو لدى القدرة والاستطاعة

٥٨- ومن صور الالتباس الذي قد يحصل بين الشرطين والأجل غير المعين ماذا اتفق المتعاقدان على أن يكون الوفاء « لدى القدرة والاستطاعة أو عند الميسرة». فهل تعتبر الميسرة أو القدرة والاستطاعة شرطاً أم أجلاً؟

إذا اعتبرنا القدرة والاستطاعة شرطاً كان معنى ذلك أن المدين إذا لم تتحقق قدرته واستطاعته فإنه لا يكون ملزماً بالوفاء. وإذا اعتبرنا الميسرة أو المقدرة والاستطاعة أجلاً كان معنى ذلك أن المدين يجب عليه الوفاء بالتزامه على كل حال، أما عند تحقق قدرته واستطاعته أو عند الموت إذا لم يواته اليسار في حياته، فيكون الأجل هنا غير معين وهو أحد أمرين: اليسار أو الموت. وهذا المعنى الأخير هو الذي أخذ به القانون المدني العراقي. فقد نصت المادة (٢٩٧) على أنه « إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ». وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تتميز العراق بأنه «إذا علق وفاء الدين على شرط بيع الدار ولم تحدد مدة لبيعه فإن المحكمة تعين مدة معقولة للبيع تستخلصها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته» .

الأجل في العقود المستمرة التنفيذ

٥٩ـ الزمن في العقود المستمرة التنفيذ عنصر جوهري وبه يتحدد تنفيذها، ويقدر ما يمر من الزمن تعتبر هذه العقود قد نفذت في جزء منها يتناسب ومقدار الزمن الذي مر، فإذا انعدم الزمن في هذه العقود كانت باطلة، بعكس الحال في العقود الفورية التنفيذ. فإذا انعدم الزمن في هذه العقود فإنها تكون منجزة. فعقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد مستمر التنفيذ، الزمن فيه هو حياة من رتب له الإيراد، فإذا انعدم الزمن فيه، بأن كان صاحب الإيراد قد مات قبل العقد، فالعقد يكون باطلاً. أما العقود الأخرى فإذا انعدم الزمن فيها فإنها تكون منجزة. فإذا عين المدين موت شخص معين أجلاً لتنفيذ التزامه ثم تبين أن هذا الشخص كان قد مات قبل العقد دون أن يعلم المدين بذلك، فالالتزام يكون في هذه الحالة منجزاً واجب الوفاء في الحال.

الفرع الثاني
أنواع الأجل

٦٠ـ ينقسم الأجل من حيث أثره إلى واقف وفاسخ، ومن حيث مصدره إلى اتفاقي وقضائي وقانوني. ونرى كلاً من ذلك في مبحث مستقل.

المبحث الأول
أنواع الأجل من حيث أثره

الأجل الواقف

٦١ـ يكون الأجل واقفاً إذا أضيف إلى حلوله نفاذ العقد. فالعقد موجود ومستكمل لعناصره وأركانه بدون الأجل، ولكن نفاذه أضيف إلى أجل، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه في الحال. فإذا حل الأجل أمكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه. مثال

ذلك عقد القرض. فالمقترض يلتزم برد ما اقترض بعد مدة من تسلمه له. فإذا حل الأجل المعين وجب عليه الوفاء.

الأجل الفاسخ أو المنهي

٦٢ـ ويكون الأجل فاسخاً أو منهياً إذا أضيف إليه انقضاء العقد. مثال ذلك عقد الإيجار. فهو ينقضي عند انتهاء مدته ويزول حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

المبحث الثاني
أنواع الأجل من حيث مصدره

الأجل الاتفاقي والأجل القضائي والأجل القانوني

٦٣ـ مصدر الأجل إما أن يكون الاتفاق أو القضاء، وفي هذه الحالة يقال له «نظرة الميسرة» ، أو القانون. ونرى كلاً من هذه الأنواع من الأجل على حدة.

أولاً ـ الأجل الاتفاقي

٦٤ـ الأصل في الأجل أن يتفق عليه المتعاقدان. فيتفق البائع والمشتري مثلاً على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين، أو على تأخير تسليم المبيع. وقد يكون الاتفاق على الأجل ضمنياً، وعندئذ يستخلص من طبيعة المعاملة. مثال ذلك الاتفاق في الشتاء على عمل لا فائدة منه إلا في الصيف، كالاتفاق على تبريد محل.

وقد تدق المسألة أحياناً، فيصعب تحديد الأجل بالضبط، كما إذا تعهد مقاول ببناء عمارة ولم تحدد مدة لإنجاز العمل. فإذا وقع نزاع فالمحكمة تقوم بتعيين المدة مسترشدة في ذلك بالمألوف بين الناس والعادة المتبعة في مثل هذه الأمور.

ثانياً ـ الأجل القانوني

٦٥ـ وقد يتولى القانون نفسه تحديد الأجل. من ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٧٠) ما القانون المدني من أن «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين.

فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين...» .

وقد يصدر المشرع قوانين استثنائية في أوقات الأزمات الاقتصادية يمنح بموجبها أجلاً لجميع المدينين للوفاء بديونهم.

ثالثاًـ الأجل القضائي أو نظرة الميسرة.

٦٦ـ وقد يمنح القاضي المدين المعسر أجلاً للوفاء بدينه إذا استدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم ولم يوجد نص في القانون يمنع ذلك (م ٢/٣٩٤). والأجل في هذه الحالة يقال له في الفقه الإسلامي «نظرة الميسرة». والتسمية مأخوذة من الآية الكريمة: «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة» (البقرة، ٢٨٠). ومثال القانوني الذي يمنح المدين نظرة الميسرة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٨١) من أنه: «ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع المبيع والثمن» .

أثر المهلة القضائية

٦٧ـ الأثر الوحيد للمهلة القضائية أنها تمنع الاستمرار في الدعوى، فليس من شأنها أن ترجئ استحقاق الدين أو حلوله. فإذا يسر المدين قبل انتهائها جاز للدائن أن يطالب من المحكمة أن تأمره بالوفاء في الحال.

الحقوق التي يلحقها الأجل

٦٨ـ جميع الحقوق العينية والشخصية ما عدا حق الملكية. وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٢) مدني بقولها: «ولا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل». والسبب في أن حق الملكية لا يلحقه الأجل هو أنه حق تأبى طبيعته أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ. فهو يجب أن يكون مؤبداً. وهو يتأبد في انتقاله من مالك إلى مالك. فلا يجوز مثلاً أن أبيعك داري لمدة سنة. ولا يجوز كذلك أن تقترن بأجل واقف. فلا يجوز مثلاً أن أبيعك داري ابتداء من السنة القادمة.

لمصلحة من يتقرر الأجل

٦٩ـ الأصل في الأجل أن يتقرر لمصلحة المدين، ومع ذلك قد يتبين العكس من طبيعة العقد أو من ظروف التعاقد أو من نص القانون. فمثال الأجل المضروب لمصلحة الدائن ما إذا اشترط المشتري تسليم المبيع في تأريخ معين، فليس للبائع أن يجبره على تسلمه قبل ذلك.

وقد تقضي طبيعة العقد بأن يكون الأجل لمصلحة الطرفين. مثال ذلك عقد القرض بفائدة وعقد الإيجار.

الفرع الثالث

آثار الأجل

٧٠ـ تختلف آثار الأجل قبل حلوله عنها بعد حلوله. ونرى كلاً من ذلك في مبحث مستقل.

المبحث الاول

آثار الأجل قبل حلوله

٧١ـ الأجل كالشرط نوعان: واقف وفاسخ. وتختلف الآثار التي تترتب على كل منهما عن الآثار التي تترتب على الآخر. ونرى كلاً من ذلك في مطلب على حدة.

المطلب الأول

الأجل الواقف

٧٢ـ ومثال الأجل الواقف اشترط المشتري تأجيل دفع الثمن. فالمشتري في هذه الحالة يكون ملزماً بالأداء عند حلول الأجل. فالتزامه في هذه الحالة يكون مقترناً بأجل واقف. فما حكم الالتزام المقترن بمثل هذا الأجل؟ تقضي الفقرة الأولى ما المادة (٢٩٣) مدني بأن «العقد المضاف إلى أجل واقف ينعقد سبباً في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه» . وهذا النص مأخوذ عن الفقه الإسلامي، فلا بد من معرفة ما يقرره هذا الفقه في هذا الصدد.

تنقسم العقود من حيث جواز إضافتها إلى المستقبل إلى نوعين:

١ـ العقود التي لا تتضمن التمليك في الحال، وهذه يصح إضافتها إلى المستقبل وأهم هذه العقود الإجارة والوكالة والكفالة والمزارعة والمساقاة. فيصبح، مثلاً، أن أؤجرك داري لمدة سنة ابتداء من أول الشهر القادم.

٢ـ العقود التي تتضمن التمليك في الحال وهي البيع والهبة، وهذه لا تصح إضافتها إلى المستقبل. وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة (٢٩٢) بقوله « لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل» .

الحق المقترن بأجل واقف مؤكد الوجود ولكنه غير نافذ

٧٣ـ فإذا أضيف العقد الذي يصح اقترانه بأجل إلى أجل واقف انعقد سبباً في الحال وأنتج أثره، وهو إنشاء الالتزامات على عاتق كل من طرفيه، ولكن حكمه، وهو وجوب تنفيذ هذه الالتزامات، يتأخر إلى حلول الأجل المضاف إليه. ويترتب على ذلك أن الدائن يملك حقاً مؤكداً ولكن حقه غير نافذ. ويترتب على كل من كون الدائن يملك حقاً مؤكداً ومن كون حقه غير نافذ نتائج نذكر أهمها فيما يلي: ـ

أ ـ النتائج التي تترتب على كون الدائن يملك حقاً مؤكداً

٧٤ـ النتائج التي تترتب على كون الحق المقترن بأجل واقف حقاً مؤكداً تشبه على العموم النتائج التي تترتب على الحق المعلق على شرط واقف. وأهم هذه النتائج ما يلي:

١ - يستطيع صاحب الحق التصرف بحقه، وإذا مات انتقل حقه إلى ورثته.

٢ - يجوز للدائن اتخاذ الوسائل التحفظية للمحافظة على حقه.

٣ - إذا وفى المدين بدينه عن بينه واختيار لم يكن له استرداد ما دفع، ويعتبر نازلاً عن الأجل.

٤ - إذا هلكت العين محل الحق قضاءً وقدراً، بدون خطأ من المدين، فإنها تهلك على الدائن، كما إذا هلكت العين المعارة فإنها تهلك على المعير لا على المستعير.

ب ـ النتائج التي تترتب على كون حق الدائن غير نافذ

٧٥ـ ويترتب على كون حق الدائن غير نافذ النتائج التالية:

١- لا يستطيع الدائن المطالبة بحقه قبل حلول الأجل.

٢- وهو لا يستطيع كذلك إقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه لأن هذه الدعوى مقدمة للأعمال التنفيذية، وهو لا يستطيع التنفيذ بحقه في الحال.

٣- لا يسري التقادم بالنسبة للحق المضاف إلى أجل واقف إلا من حين حلول الأجل.

٤- لا تقع المقاصة بين دين مؤجل ودين حال.

٥- ليس للدائن أن يحبس حقاً عنده لمدينه. ذلك أن الحبس إنما يكون بدين مستحق الأداء، والحق المضاف إلى أجل واقف غير مستحق الأداء.

المطلب الثاني
الأجل الفاسخ

الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ ولكنه مؤكد الزوال

٧٦ـ والحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ ولكنه مؤكد الزوال عند حلول الأجل. مثال ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة في خلال مدة الإيجار فالمستأجر يتمتع بحق ثابت في الانتفاع بالعين المؤجرة في الحال ولكن حتى نهاية مدة الإيجار. فإذا انتهت هذه المدة زال حقه في ذلك ويتعين عليه إعادة العين المؤجرة إلى المؤجر. وقد نص القانون المدني على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢٩٣) بقوله: «العقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد» .

٧٧ـ ويترتب على أن الحق المقترن بأجل فاسخ حق موجود أن الدائن يستطيع المطالبة به واتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول عليه وإجبار مدينه على التنفيذ. كما

يترتب على هذه الصفة أن الدائن يستطيع التصرف بحقه ولكن في حدود هذا الحق. فهو حق محدود بأجله، فهو مؤقت بالضرورة فالمستأجر، مثلاً، يستطيع أن يتصرف بحقه بالإيجار من الباطن وبالترول عنه لغيره. ولا يكون ذلك، بطبيعة الحال، إلا في حدود الإيجار الأصلي.

المبحث الثاني
آثار الأجل بعد حلوله

أ ـ الأجل الواقف

٧٨ـ إذا حل الأجل الواقف أصبح حق الدائن نافذاً بكل ما يترتب على ذلك من نتائج. فيستطيع الدائن المطالبة بحقه وإجبار مدينه على الوفاء واتخاذ الوسائل التنفيذية لذلك.

ب ـ الأجل الفاسخ

٧٩ـ وإذا حل الأجل الفاسخ انقضى حق الدائن. ففي عقد الإيجار، مثلاً إذا انتهت مدة الإيجار فلا يعود للمستأجر الحق في الانتفاع بالعين المؤجرة ويجب عليه أن يردها إلى المؤجر، ويصبح هذا الأخير دائناً بالرد.

المبحث الثالث
انتهاء الأجل

طريق طبيعي وطريقان استثنائيان

٨٠ـ الطريق الطبيعي لانتهاء الأجل هو حلوله، وهذا الطري لا يثير صعوبة المشتري بثمن مؤجل عليه أن يدفع الثمن عند حلول الأجل. وإذا عينت فترة لحلول الأجل فأنه يحل في اليوم الأخير من الفترة، فإذا حدد لحلول الأجل شهر معين فإنه يحل في اليوم الأخير من الشهر.

٨١ـ وقد ينتهي الأجل استثناء قبل حلوله، وذلك إذا وجدت أسباب لذلك. وهناك سببان يؤديان إلى هذا الانتهاء هما: النزول عن الأجل ممن قرر لمصلحته، وسقوطه. ونرى كلاً من هذين السببين على حدة.

أ ـ انتهاء الأجل بالنزول عنه ممن قرر لمصلحته

٨٢ـ وقد نصت على هذا الطريق من طرق انتهاء الأجل الفقرة الثانية من المادة (٢٩٤) من القانون المدني بقولها: «وإذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه بإرادته وحده» . ففي عقد العارية، مثلاً، إذا حددت مدة لمصلحة المستعير فله أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء المدة.

ب ـ انتهاء الأجل بسقوطه

٨٣ـ يسقط الأجل إذا حرم منه المدين رغم إرادته. فالأجل الذي يسقط إنما هو الأجل الذي ضرب لمصلحة المدين. فلا يسقط الأجل الذي ضرب لمصلحة الدائن. وقد نص القانون على ثلاثة أسباب تؤدي إلى سقوط الأجل (م ٢٩٥) وهذه الأسباب هي:

أ- الحكم بإفلاس المدين.

ب- إذا أضعف المدين بفعله ما أعطى للدائن من تأمينات.

ج- إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه للدائن من تأمين.

ونرى فيما يلي كلاً من هذه الأسباب :

أ ـ سقوط الأجل للحكم بإفلاس المدين

٨٤ـ يؤدي الحكم بإفلاس المدين إلى حلول جميع ديونه المؤجلة، على أن تخصم منها الفائدة عن المدة الباقية، وذلك لكي لا يستقل بعض الدائنين بالحصول على حقوقهم على حساب غيرهم من الدائنين.

ذلك أن الديون المؤجلة إذا لم تحل فأصحاب الديون الحالة، والتي أعلن الإفلاس من أجلها، سيستولون على كل أموال المدين، وقد لا يبقى شيء لأصحاب الديون المؤجلة.

الحجر على المدين المفلس

٨٥ـ والإفلاس نظام خاص بالقانون التجاري ولا يحكم به إلا إذا كان المدين تاجراً. فإذا لم يكن تاجراً أمكن اللجوء إلى الحجر على المدين.

ب ـ سقوط الأجل لأضعاف التأمينات

٨٦ـ ويسقط الأجل كذلك إذا أضعف المدين بفعله ما أعطى للدائن من تأمينات. ويقصد بالتأمينات في هذا الباب التأمينات الخاصة التي تترتب عليها حقوق عينية كرهن أو امتياز، لا الضمان العام للدائنين الذي هو الذمة المالية للمدين. ولا يهم مصدر هذه التأمينات، فقد يكون العقد وقد يكون القانون. مثال العقد الذي ينشئ هذه التأمينات عقد الرهن. ومثال القانون كمصدر لهذه التأمينات حقوق الامتياز، وهي حقوق تعطي صاحبها أولوية في استيفاء حقه. وليس هنا مجال للكلام على هذه الحقوق.

٨٧ـ ولا بد لسقوط الأجل من ضعف كبير يصيب التأمينات بفعل المدين. ومعنى الضعف أن تقل قيمة التأمينات فلا تعود تكفي للوفاء بالدين. مثال ذلك أن تكون التأمينات داراً مرهونة وهدمها المدين للراهن.

خيار الدائن

٨٨ـ إذا سقط الأجل لضعف التأمينات التي قدمها المدين للدائن فالدائن بالخيار بين أن يطلب من المدين الوفاء في الحال وبين أن يطلب منه تكملة التأمينات بحيث تعود قيمتها إلى ما كانت عليه قبل الضعف الذي أصابها. فالالتزام هنا تخييري، الخيار فيه للدائن، فهو بالخيار كما قلنا بين أن يطلب الوفاء فوراً وبين أن يطلب تكملة التأمين.

ضعف التأمين بسبب أجنبي

٨٩ـ وإذا كان الضعف الذي أصاب التأمين لا يرجع إلى فعل المدين بل إلى سبب أجنبي، كصاعقة هدمت الدار وفيضان أتلف الزرع، فالأجل يسقط كذلك ولكنه المدين يستطيع أن يتوقى هذا السقوط بتقديم تأمين آخر يعوض الدائن عن الضعف الذي أصاب التأمين الأول. والالتزام هنا تخييري أيضاً ولكن الخيار فيه للمدين. فهو بالخيار بين أن يكمل التأمين وبين أن يدفع الدين فوراً. والسبب في هذا الخيار الذي منح الشارع للمدين هو أن الضعف الذي أصاب التأمين لم يكن بفعله بل بسبب أجنبي.

ج ـ سقوط الأجل لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمين

٩٠ـ ويسقط الأجل كذلك إذا وعد المدين الدائن بأن يقدم له تأميناً خاصاً ولم يقدمه له. وفي هذه الحالة لا يخصم من الدين الفوائد عن المدة الباقية لحلول الأجل وذلك لأن الأجل إنما سقط بخطأ المدين.

سقوط الأجل بموت المدين

٩١ـ موت المدين يعجل بحلول ديونه كلها. والسبب في ذلك أن التركة يجب تصفيتها. ولما كانت القاعدة أن «لا تركة إلا بعد سداد الديون» . فيجب الوفاء بالديون قبل توزيع التركة. ولكن إذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني فهو لا يحل كما لا يدخل الضمان العيني في توزيع التركة إلا بعد حلول الأجل وأداء الدين المضمون به.

٩٢ـ بهذا ننتهي من الكلام على الأجل، وهو الوصف الثاني من أوصاف الالتزام. وننتقل الآن إلى الكلام على الوصف الثالث وهو تعدد محل الالتزام.

الفصل السادس
تعَــدّد مَحل الالتزام

تمهيد

٩٣ـ هناك ثلاث صور للتعدد كوصف يرد على محل الالتزام:

١ـ فقد يتعدد محل الالتزام ولكن الأشياء المتعددة تعتبر في حكم الشيء الواحد، وتعتبر كلها واجبة على المدين مثال ذلك ما إذا اشترى شخص حصاناً وسيارة صفقة واحد بثمن واحد. الالتزام في هذه الحالة يقال له التزام متعدد المحل، والتعدد لا أهمية له في هذه الحالة لأن الأشياء المتعددة تعتبر في حكم الشيء الواحد، والالتزام يعتبر بسيطاً غير موصوف. ويعالج الفقهاء المسلمون هذه الحالة من التعدد تحت عنوان «تفرق الصفقة».

٢ـ وقد يتعدد محل الالتزام ولكن الوفاء بأحد الأشياء المتعددة يكفي لإبراء ذمة المدين. كما إذا باع شخص هذه السيارة أو تلك الالتزام في هذه الحالة يقال له «الالتزام تخييري» . ويعالج الفقهاء المسلمون هذه الصورة من التعدد تحت عنوان «خيار التعيين» .

٣ـ وقد لا يكون للالتزام إلا شيء واحد ولكن المدين يستطيع الوفاء بشيء آخر بدلاً منه، ويجيز للدائن على قبول هذا الشيء. كما إذا باع شخص كمية من الحنطة واحتفظ لنفسه بالحق في إعطاء شعير بدلاً منها. الالتزام في هذه الحالة يقال له «التزام بدلي».

ونرى كلاً من الالتزام التخييري والالتزام البدلي في فرع مستقل.

الفرع الأول

الالتزام التخييري (خيار التعيين)

تعريف

٩٤ـ يكون الالتزام تخييرياً إذا كان هناك شيئان أو أكثر يصلح أي منهما أن يكون محلاً للوفاء، كما إذا باعه إحدى هاتين السيارتين. والخيار في تعيين الشيء قد يكون للدائن وقد يكون للمدين.

٩٥ـ ولخيار التعيين فائدة في حياة المعاملات والتجارة ففيه، من جهة، ضمان لحق الدائن، بحيث أنه إذا هلك أحد الأشياء فحقه لا ينقضي ويتركز التزام المدين في الأشياء الباقية. كما أن خيار التعيين يعطي، من جهة أخرى، مجالاً للتفكير والتروي والسؤال من أهل الخبرة بأمور البيع والشراء.

شروط الالتزام التخييري

٩٦ـ هناك شروط ثلاثة يجب توفرها ليكون الالتزام تخييرياً، وهي:

١ـ أن يتعدد محل الالتزام، ٢ـ أن تتوفر في كل من الأشياء الشروط اللازم توفرها في محل العقد، ٣ـ أن يكون الوفاء بأحد هذه الأشياء يكفي لإبراء ذمة المدين. ونرى كلاً من هذه الشروط على حدة.

الشرط الأول ـ تعدد محل الالتزام

٩٧ـ لا بد لقيام خيار التعيين من وجود أكثر من شيء يمكن أن يقع عليه الخيار، فإذا لم يكن هناك إلا شيء واحد فهذا الشيء يتعين محلاً للالتزام ولا يكون عندئذ محلاً للخيار، ويكون الالتزام في هذه الحالة بسيطاً غير موصوف. ولا يهم نوع الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للوفاء. فيصح أن يكون بعضها منقولاً وبعضها عقاراً وبعضها نقوداً وبعضها عملاً أو تركاً، وهكذا.

اختلاف الأشياء في الجنس أو الشروط

٩٨ـ ويجب في الأشياء المتعددة أن تكون مختلفة في الجنس أو في الشروط. فإذا اتحدت في الجنس والشروط كان الالتزام بسيطاً غير موصوف ومعلقاً على إرادة من له الخيار. فإذا وعدتك بإقراضك ألف دينار أو ألفي دينار لم يكن الالتزام تخييرياً. فإذا كان الخيار للمقرض كان تحديد المبلغ معلقاً على إرادته، وإذا كان للمقترض كان تحديده معلقاً على إرادته (م ٢٩٨). ولكن إذا كان الإقراض بشروط مختلفة فالالتزام يكون تخييرياً، كما إذا تعهد بإقراضه ألف دينار بفائدة خمسة في المائة أو ألفي دينار بفائدة أربعة في المائة.

الشرط الثاني ـ توفر شروط محل العقد في كل من الأشياء عند إبرام العقد

٩٩ـ ولا بد أيضاً لقيام الالتزام التخييري من توفر الشروط اللازم توفرها في محل العقد في كل من الأشياء التي التزم بها المدين. فإذا ورد التخيير على شيئين وكان أحدهما غير مستوف لهذه الشروط فمحل الالتزام يتعين في الشيء الثاني ويكون الالتزام بسيطاً غير موصوف.

والعبرة في توفر الشروط المتقدمة إنما تكون عند إبرام العقد. فإذا توفرت في هذا الوقت ثم تخلفت فالالتزام يكون تخييرياً مع ذلك. وعلى العكس من ذلك إذا لم تتوفر هذه الشروط إلا في أحد الأشياء ثم توفرت في بقية الأشياء بعد إبرام العقد، فالالتزام يكون بسيطاً غير موصوف.

الشرط الثالث ـ أحد الأشياء فقط هو الواجب الأداء

١٠٠ـ إذا كانت الأشياء التي ورد عليها العقد كلها واجبة فالالتزام يكون بسيطاً غير موصوف. ويترتب على ذلك أن بعض الأشياء إذا هلك فلا ينقضي حق الدائن بل يتركز في الباقي ويمكن أن يقع الخيار على أحدها.

لمن يكون الخيار

١٠١ـ الأصل في الخيار أن يكون للمدين إلا إذا اتفق المتعاقدان أو نص القانون على غير ذلك (م ٢٩٨). ومثال النص القانوني الذي يعطي الخيار للدائن ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٢٩٥) مدني من سقوط أجل الدين إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين ومن إعطاء الدائن الخيار بين سقوط الأجل وبين المطالبة بتكملة الدين.

أحكام الهلاك

١٠٢ـ والأهمية العملية لخيار التعيين لا تظهر إلا في حالة هلاك أحد الأشياء التي التزم بها المدين. فإذا هلك أحد الأشياء وكان الخيار للدائن كان له أن يختار أحد الأشياء التي لم تهلك، وإذا كان الخيار للمدين كان له أن يلزم الدائن بأحد هذه الأشياء. وإذا هلكت كل الأشياء بسبب أجنبي انفسخ العقد، وإذا كان هلاكها بخطأ من المدين وكان الخيار للدائن فله أن يختار ما يشاء ويلزم المدين بالتعويض عنه وإذا كان الخيار للمدين فعليه أن يعوض الدائن عن آخر شيء هلك (م ٣٠١).

تمييز الالتزام التخييري مما يشتبه به من أوضاع

١٠٣ـ هناك أوضاع قد تشتبه بالالتزام التخييري فيجب التمييز بينها وبينه. وأهم هذه الأوضاع الشرط الجزائي والالتزام المعلق على شرط واقف ونرى كلاً من ذلك على حدة.

أ ـ الالتزام التخييري والشرط الجزائي

١٠٤ـ هناك فرقان بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي، وهما:

١ـ إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي فالتزامه في الشرط الجزائي ينقضي وتبرأ ذمته، أما في الالتزام التخييري فلا ينقضي التزامه بل يتركز في الأشياء الباقية.

٢ـ لا خيار للدائن ولا للمدين بين الشرط الجزائي وبين تنفيذ الالتزام الأصلي، ولهما هذا الخيار في الالتزام التخييري، وذلك على النحو الذي رأيناه.

ب ـ الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط واقف

١٠٥ـ يختلف الالتزام التخييري عن الالتزام المعلق على شرط واقف في أن وجوده مؤكد في حين أن الالتزام المعلق على شرط واقف وجوده غير مؤكد. قد يقال إن واقعة الاختيار يمكن أن تعتبر شرطاً واقفاً لأنها أمر مستقبل غير محقق الوقوع. ويمكن الرد على ذلك بأن الاختيار أمر محقق الوقوع. ذلك أن الخيار إذا كان للدائن وامتنع عن التعيين فخياره ينتقل إلى المدين، وإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن التعيين فالدائن يراجع المحكمة وهي التي تقوم بالتعيين.

الفرع الثاني
الالتزام البدلي

١٠٦ـ ١ـ يكون الالتزام بدلياً إذا كان محله شيئاً واحد ولكن المدين يستطيع أن يفي بشيء آخر بدلاً منه وأن يجبر الدائن على قبول هذا الشيء (م ٣٠٢).

٢ـ محل الالتزام الأصلي هو الذي يحدد المحكمة المختصة بنظر الدعوى. فإذا كان المحل عقاراً فالمحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها تكون هي المختصة بنظر الدعوى، ولو كان البدل منقولاً.

٣ـ إذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع أو مستحيلاً فالالتزام لا ينشأ ولو كان البدل مشروعاً أو ممكناً. ذلك أن مصدره يكون باطلاً. فإذا كان التصرف باطلاً لم ينشأ عنه أي التزام.

٤ـ إذا هلك محل الالتزام الأصلي بسبب أجنبي فإن ذمة المدين تبرأ ولا يجبر على الوفاء بالبدل.

٥ـ محل الالتزام الأصلي هو الذي يحدد طبيعة التزام المدين مقدماً، فنعلم عند نشوء الالتزام في ذمة هذا الأخير ما إذا كان محل التزامه تسليم شيء أو عملاً أو تركاً.

الفصل السّابع

تعَدّد طَرفي الالتزَام

١٠٨ـ إذا ورد التعدد على طرفي الالتزام كان له ثلاث صور:

١ـ فقد يتعدد أحد طرفي الالتزام، أو كلاهما، من غير أن تربط بين أطرافه رابطة خاصة. فإذا تعدد الدائنون وكان المدين واحداً فلا يستطيع أحد الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين بل بحصته فقط. وإذا تعدد المدينون وكان الدائن واحداً فلا يستطيع الدائن أن يطالب أحد المدينين بكل الدين بل بحصته فقط.

هذا النوع من التعدد يقال له «تعدد صوري» ، ويقال للالتزام فيه « التزام متعدد الأطراف» وهو لا يهمنا لأنه لا يثير صعوبة في العمل وذلك لوجود عدد من الروابط القانونية بقدر عدد الدائنين أو المدنيين.

٢ـ وقد يتعدد أحد طرفي الالتزام، أو كلاهما، وتربط بين الدائنين أو المدينين رابطة خاصة. فإذا تعدد الدائنون وكان المدين واحداً كان بإمكان أي دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وإذا تعدد المدينون وكان الدائن واحداً كان بإمكان الدائن أن يطالب المدين بكل الدين. هذا النوع من التعدد يقال له تعدد مع التضامن، ويقال للالتزام فيه «التزام تضامني» ، ويقال للدائنين «دائنون متضامنون» وللتضامن «تضامن إيجابي» ويقال للمدينين «مدينون متضامنون» وللتضامن «تضامن سلبي».

٣ـ وقد يتعدد أحد طرفي الالتزام، أو كلاهما، ولكن محل الالتزام لا يمكن أن ينقسم على الدائنين ولا بين المدينين. الالتزام في هذه الحالة يقال له « التزام غير قابل للانقسام» . وهو يؤدي إلى نتائج تشبه النتائج التي يؤدي إليها التضامن.

١٠٩ـ وقد عالج القانون المدين العراقي مع الصور المتقدمة للتعدد الدين المشترك. وسنعالج نحن الدين المشترك وكلاً من التضامن الإيجابي والتضامن السلبي. أما الالتزام غير القابل للانقسام فسنوجز الكلام فيه لأن أحكامه تشبه أحكام التضامن الإيجابي والتضامن السلبي.

الفرع الأول
الدين المشترك

١١٠ـ قد يتعدد الدائنون ولكن الرابطة التي تربط كلاً منهم بالمدين تبقى مستقلة عن الروابط التي تربط غيره به، وهذا هو التعدد الصوري الذي رأينا قبل قليل. وقد عرف الفقهاء المسلمون صورة أخرى لتعدد الدائنين، هي صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن، ويقال لهذه الصورة « الدين المشترك» . مثال ذلك إذا مات الدائن عن عدد من الورثة. فالورثة يرثون الدين ويصبح الدين مشتركاً بينهم بنسبة أنصبتهم في التركة.

ونرى الدين المشترك في مبحثين، نرى في الأول مصادرة وفي الثاني الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين.

المبحث الأول
مصادر الدين المشترك

مصدران: وحدة الصفقة وسبق الاشتراك في المال

١١١ـ يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا أنشأ من سبب واحد وكان غير متجزئ. ويقصد بالسبب هنا السبب المنشئ، أي المصدر الذي أنشأ الدين. وعدم تجزؤ الدين إما أن يرجع إلى وحدة الصفقة أو إلى سبق الاشتراك في المال الذي نشأ

عنه الدين. في الحالة الأولى يكون الاتفاق مصدراً للدين المشترك وفي الحالة الثانية يرجع الاشتراك في الدين إلى طبيعة الأشياء (م ٣٠٣) مدني ونرى كلاً من هذين المصدرين على حدة.

المصدر الأول ـ وحدة الصفقة أو الاتفاق

١١٢ـ يقصد بوحدة الصفقة أن يتصرف عدة أشخاص بمال يملكونه بعقد واحد وبدون تعيين حصة كل منهم في العوض. كما إذا باعوا المال أو أجروه صفقة واحدة وبدون تعيين حصة كل منهم في الثمن أو الأجرة.

المصدر الثاني ـ سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين أو طبيعة الأشياء

١١٣ـ في هذه الصورة يكون هناك مال مملوك بين أكثر من شخص وينشأ الدين بسبب هذا المال. كما إذا أتلف شخص مالاً مشتركاً ووجب عليه الضمان. فالدين الذي نشأ في ذمته بالتعويض يكون ديناً مشتركاً بين مالكي المال. وكذلك إذا أقرض أحد المالكين مالاً مشتركاً، فالدين برد القرض يكون ديناً مشتركاً بينهم.

نشوء الدين المشترك ابتداء

١١٤ـ وقد ينشأ الدين المشترك ابتداء، لا عن وحدة الصفقة ولا عن سبق الاشتراك في المال. ويقع ذلك في الإرث والوصية والهبة. فإذا توفي الدائن عن عدد من الورثة فالدين يصبح مشتركاً بينهم بنسبة حصصهم في التركة. وكذلك إذا أوصى الدائن بالدين لأكثر من شخص فالدين يصبح مشتركاً بينهم. وكذلك الأمر إذا وهب الدائن الدين لأكثر من شخص وأحال الموهوب لهم على المدين. فالدين في هذه الصور جميعاً يكون مشتركاً لاتحاد سببه وهو الإرث أو الوصية أو الهبة، لا لوحدة الصفقة ولا لسبق الاشتراك في المال.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

١١٥ـ تختلف الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين في علاقة الدائنين بالمدين عنها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض. ونرى كلاً من ذلك في مطلب مستقل.

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمدين

١١٦ـ يحكم علاقة الدائنين بالمدين في الدين المشترك مبدأ جوهري هو أن الذين ينقسم عند المطالبة به. فهو واحد عند نشوئه منقسم عند المطالبة. ويترتب على ذلك النتيجتان التاليتان.

١ـ ليس لكل دائن أن يطالب المدين إلا بحصته من الدين فقط.

٢ـ لا توجد نيابة متبادلة فيما بين الدائنين. فالأعمال التي يقوم بها أحدهم بالنسبة لحصته لا ينصرف أثرها إلى حصص شركائه، نافعة كانت هذه الأعمال أو ضارة. ونرى كلاً من هاتين النتيجتين بشيء من التفصيل.

النتيجة الأولى ـ عدم استطاعة كل دائن المطالبة إلا بحصته

١١٧ـ فكما أن كلاً من الدائنين ليس له أن يطالب بأكثر من حصته، فليس للمدين أن يفي لأحد الدائنين بأكثر من حصته. وإذا فعل لم تبرأ ذمته تجاه باقي الدائنين، ولكل من هؤلاء أن يطالبه بحصته وأن يجبره على الوفاء.

مشاركة الدائنين للدائن الذي قبض حصته

١١٨ـ وإذا دفع المدين إلى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك فإن ذمته تبرأ تجاه هذا الدائن، ولبقية الدائنين الخيار بين مشاركة الدائن القابض فيما قبض لأنه قبض مالاً مشتركاً وبين الرجوع على المدين بحصصهم. وإذا اختاروا الرجوع على المدين لم

يجز لهم الرجوع على الدائن الذي قبض حصته إلا إذا توت حصصهم، أي لم يحصلوا عليها لإعسار المدين.

تحديد حصة كل دائن

١١٩ـ وحصة كل دائن تتحدد إما باتفاق بين الدائنين أو بالقانون. مثال القانون الذي يحدد حصة كل دائن في الدين المشترك قانون الميراث. فالشارع يحدد حصة كل من الورثة في التركة، وبنسبة حصصهم يصبحون دائنين في الدين المشترك. فإذا لم يوجد اتفاق ولا نص قانوني يحدد نصيب كل من الدائنين في الدين المشترك فالمفروض أن حصصهم متساوية.

النتيجة الثانية ـ عدم وجود نيابة متبادلة بين الدائنين

١٢٠ـ ما دام الدين المشترك ينقسم عند المطالبة، فلا يبقى واحداً كما كان عند نشوئه، فإن ذلك يترتب عليه أن كل عمل يقوم به أحد الدائنين بخصوص الدين إنما يقوم به لمصلحة نفسه، فلا ينصرف أثره إلى حصص بقية الدائنين، نافعاً كان العمل أو ضاراً.

فإذا قطع أحد الدائنين التقادم فهو إنما يقطعه في حق نفسه ولا ينقطع بالنسبة لحصص الدائنين الآخرين.

وإذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه فهو إنما يفعل ذلك بالنسبة لحصته وحدها، ولا يستفيد من ذلك غيره من الدائنين.

وإذا وجه أحد الدائنين اليمين إلى المدين، أو وجهها المدين إلى أحد الدائنين، وحلف من وجهت إليه اليمين أو نكل فإن أثر ذلك كله لا ينصرف إلى بقية الدائنين.

وإذا وهب أحد الدائنين الدين للمدين أو أبرأه منه أو صالحه عليه أو نزل له عن التأمينات المقدمة ضماناً للوفاء فأن ذلك كله لا ينفذ إلا في حصة هذا الدائن فقط، ولا يسري أثره إلى حصص الدائنين الآخرين.

حصول أحد الدائنين على حكم ضد المدين

١٢١ـ وقد اختلفت الآراء في حالة ما إذا حصل أحد الدائنين على حكم ضد المدين. فذهب رأي إلى عدم استفادة بقية الدائنين من هذا الحكم إلا إذا كانوا ورثة لأن كلاً منهم يعتبر ممثلاً للآخرين، وذهب رأي آخر إلى عكس هذا الرأي وإلى أن جميع الدائنين يستفيدون من هذا الحكم ولا يكلفون بعد ذلك بإثبات حقوقهم لأن الدين المشترك ناشئ عن سبب قانوني واحد. ونحن نميل إلى هذا الرأي لما سبق أن قلناه من أن الدين المشترك واحد عند نشوئه، أي أن سببه ومصدره واحد. فإذا حصل أحد الدائنين على حكم ضد المدين بالنسبة لأصل الدين فيجب أن يستفيد الدائنون الآخرون من هذا الحكم لأن الدين لا يزال مشتركاً بينهم جميعاً.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

١٢٢ـ تحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض قاعدة جوهرية هي أنه ليس للدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك أن يستبد به لنفسه، حتى لو كان ما قبضه أقل من حصته. فلبقية الدائنين مشاركته فيما قبض ثم يرجعون جميعاً على المدين كل بقدر ما بقي له من حصته. ولهم أيضاً أن يختاروا الرجوع على المدين فإن وجدوه معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في إعسار المدين (م ٣٠٤) مدني.

خروج الشيء المقبوض من يد القابض

١٢٣ـ وإذا خرج ما قبضه أحد الدائنين من يده بتصرف قولي، كبيع أو هبة، أو استهلاكه أو هلك بخطئه فالدائنين الآخرين الرجوع عليه بضمان حصصهم كل بقدر حصته في الدين المشترك. وإذا هلك ما قبضه أحد الدائنين بسبب أجنبي فهذا الدائن يعتبر مستوفياً لم قبضه ويحسب عليه من حصته ولا يرجع عليه الدائنون

الآخرون بشيء ولا يبقى أمامهم إلا الرجوع على المدين بحصصهم في الدين المشترك (م ٣٠٥) مدني. ويسري هذا الحكم في حالة ما إذا لم يستوف الدائن حقه من المدين مباشرة، بل من آخر ككفيل أو محال عليه.

ما استوفاه أحد الدائنين ليس من جنس الدين

١٢٤ـ وإذا لم يكن ما استوفاه الدائن في جنس الدين بل شيئاً آخر، كأن اشترى من المدين شيئاً بحصته من الدين المشترك، فليس لبقية الدائنين أن يشاركوه فيما قبض من المقابل إلا إذا تراضوا على ذلك، ولكن لهم أن يرجعوا عليه بالضمان كل بنسبة حصته من الدين (م ٣٠٧). وكذلك الأمر إذا استأجر أحد الشركاء بحصته في الدين المشترك (م ٣٠٨).

صلح أحد الدائنين مع المدين

١٢٥ـ وإذا صالح أحد الدائنين المدين على حصته في الدين المشترك فإن كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه بالخيار إن شاءوا شاركوه في المقبوض وإن شاءوا اتبعوا المدين. وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدين فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الدائن المصالح. ولكن الدائن يكون في هذه الحالة بالخيار إن شاء سلم إليهم نصيبهم في المقبوض وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين (م ٣٠٩).

موت المدين معسراً وأحد الدائنين وارث له

١٢٦ـ وإذا مات المدين معسراً وكان أحد الدائنين وارثاً له طبقنا قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون». فيشترك الدائنون في قسمة التركة كل بنسبة حصته في الدين، بما فيهم الدائن الوارث (م ٣١٠).

استيفاء أحد الدائنين حصته بالمقاصة

١٢٧ـ وإذا استوفى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك بالمقاصة بدين المدين عليه، فإن كان دين المدين على هذا الدائن قد ثبت قبل ثبوت الدين المشترك فلا

رجوع لبقية الدائنين على الدائن لأنه لا يكون قد استوفى شيئاً، وإنما المدين هو الذي يكون قد استوفى ماله في ذمة هذا الدائن. وإن كان دين المدين على الدائن قد ثبت بعد ثبوت الدين المشترك فالدائن يعتبر قد استوفى حصته فيرجع عليه بقية الدائنين بحصصهم (م ٣١١).

حالات لا يستوفي فيها الدائن شيئاً ومع ذلك يعتبر مستوفياً لحصته ولكن لا يرجع عليه الآخرون

١٢٨ـ هناك حالات لا يستوفي الدائن فيها شيئاً من المدين ومع ذلك يعتبر مستوفياً لحصته من الدين المشترك ولكن لا رجوع لبقية الدائنين لمشاركته فيما قبض. هذه الحالات هي حالة كفالة أحد الدائنين في الدين المشترك مديناً للمدين وضمانه الدين، وحالة الهبة والإبراء (م ٣١٢/١، ٣١٣). فإذا كفل أحد الدائنين مديناً للمدين وأعسر المكفول ضمن الدائن وسقطت حصته في الدين المشترك بدين المدين على المكفول فليس لبقية الدائنين الرجوع عليهم بحصصهم حتى لو رجع الدائن على المكفول وحصل منه على مبلغ الضمان بعد ذلك. ويمكن تعليل ذلك بقاعدة «الغرم بالغنم» وكذلك الأمر إذا وهب أحد الدائنين حصته للمدين أو أبرأ منها، فلا يرجع عليه الدائنون الآخرون بضمان حصصهم. والعلة في ذلك هي أن هذا الدائن لم يقبض شيئاً.

رجوع بقية الدائنين على الدائن القابض بنصيبه في إعسار المدين

١٢٩ـ إذا اختار الدائنون الآخرون الرجوع على المدين بحصصهم وعدم مشاركة الدائن القابض فيما قبض سقط حقهم في الرجوع عليه إلا إذا توت حصصهم، أي هلكت لإعسار المدين. ففي هذه الحالة يعود حقهم في الرجوع على الدائن القابض ومشاركته فيما قبض بنسبة حصصهم.

إعسار المدين القابض

١٣٠ـ وقد يقع الدائن الذي قبض حصته في الدين المشترك هو أيضاً في الإعسار. في هذه الحالة يتحمل الدائنون الآخرون وحدهم نتيجة إعسار المدين.

استثناء:

١٣١ـ ليست القواعد المتقدمة من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافها. فيجوز أن يتفق الدائنون على تقسيم الدين المشترك. في هذه الحالة ينقسم الدين ويختص كل دائن بحصته ولا يشاركه فيها غيره من الدائنين، حتى لو أعسر المدين و لم يحصلوا على حصصهم، ونكون عندئذ أمام تعدد صوري (م ٣١٤).

الفرع الثاني

الدائنون المتضامنون أو التضامن الإيجابي

معنى التضامن الإيجابي

١٣٢ـ في هذا النوع من تعدد الدائنين يكون لكل دائن أن يطالب بكل الدين، وتبرأ ذمة المدين إذا وفى بالدين كله لأي من الدائنين.

مصادر التضامن الإيجابي

١٣٣ـ تقضي المادة (٣٥٠) من القانون المدني بأنه: « لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم» فالأصل إذا أن التضامن بين الدائنين لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو ينص عليه القانون. فمصادر التضامن بين الدائنين، بمقتضى هذه المادة، هي الاتفاق والقانون.

الاتفاق كمصدر للتضامن بين الدائنين

١٣٤ـ فإذا كان الاتفاق هو مصدر التضامن بين الدائنين فيجب أن يكون صريحاً واضحاً. وإذا كان ضمنياً فيجب أن لا يكون هناك شك في انصراف نية الطرفين إليه، وإذا قام شك فسرناه لنفي التضامن لا لإثباته. فإذا باع شخصان سيارة يملكانها على الشيوع و لم يشترطا التضامن فيما بينهما في اقتضاء الثمن فلا يجوز استخلاص التضامن من ملكيتها المشتركة للسيارة، وينقسم الثمن بينهما بنسبة حصة كل منهما

في السيارة. فإذا لم تعين حصة كل منهما عند البيع أصبح الثمن ديناً مشتركاً بينهما، ويطب عليه الأحكام العامة التي رأيناها في الدين المشترك.

٢ـ القانون كمصدر للتضامن بين الدائنين

١٣٥ـ أما القانون فيكاد يجمع الفقهاء على أنه لا يمكن أن يكون مصدراً للتضامن بين الدائنين. ولم نجد في المراجع التي بين أيدينا واحداً يمكن أن يعتبر القانون فيه مصدراً لهذا النوع من التضامن. وعليه فنص القانون في هذا الصدد لا تطبيق له.

الفقه الإسلامي

١٣٦ـ ويعرف الفقه الإسلامي التضامن بين الدائنين في حالتين هما شركة المفاوضة وشركة الأعمال.

فشركة المفاوضة هي الشركة التي يضع فيها الشركاء حصصاً متساوية، وتوزيع الأرباح بينهم بالتساوي. فإذا باعوا مالاً من أموال الشركة أو أجروه كانوا متضامنين في المطالبة بالثمن. وإذا غصب شخص أو أتلف مالاً من أموال الشركة فجميع الشركاء يكونون متضامنين في المطالبة برد المال المغصوب أو بضمان المال المتلف. وشركة الأعمال هي الشركة التي رأسمالها عمل الشركاء، فيقدم كل من هؤلاء عمله للشركة. ويكون الشركاء متضامنين في المطالبة بالأجر المستحق لهم. فيستطيع كل منهم أن يطالب رب العمل بكل الأجرة.

الآثار التي تترتب على التضامن بين الدائنين

١٣٧ـ تختلف آثار التضامن بين الدائنين في العلاقة بين الدائنين والمدين عنها في علاقة الدائنين بعضهم ببعض. ونرى كلاً من ذلك في مبحث مستقل.

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

مبادئ ثلاثة

١٣٨ـ تحكم علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين المبادئ الثلاثة التالية: وحدة المحل، والاحتجاج بالدفوع، والنيابة المتبادلة بين الدائنين في الأعمال النافعة دون الضارة. ونرى كلاً من هذه المبادئ على حدة.

المبدأ الأول ـ وحدة المحل

١٣٩ـ يعني مبدأ وحدة المحل أن لكل دائن مطالبة المدين بكل الدين، كما يعني أن للمدين الوفاء بكل الدين لأي دائن، وهذا من مزايا التضامن من بين الدائنين وإذا رفض المدين الوفاء للدائن الذي يطالبه فلهذا الأخير إجباره بواسطة القضاء. وإذا طالب الدائنون المتضامنون المدين مجتمعين فعلية أن يدفع لكل منهم حصته من الدين فقط.

ومن جهة أخرى للمدين أن يختار أي دائن ويدفع له كل الدين، وليس لهذا الدائن أن يرفض قبض الدين ويقتصر على قبض حصته فقط.

قيد ـ عدم ممانعة أحد الدائنين في الوفاء بكل الدين لدائن آخر

١٤٠ـ ولكن إذا كان للمدين أن يفي بكل الدين لأحد الدائنين إلا أن ذلك مقيد بعدم ممانعة دائن آخر في هذا الوفاء (م ٣١٧). فإذا مانع أحد الدائنين الآخرين في هذا الوفاء وإنذار المدين بأن يمتنع عنه كان للمدين أن يفي لهذا الدائن بحصته من الدين وأن يفي بالباقي للدائن الذي اختاره.

المبدأ الثاني ـ الاحتجاج بالدفوع

١٤١ـ إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بكل الدين وكان للمدين دفع خاص بهذا الدائن أو دفع مشترك بين الدائنين جميعاً فله أن يتمسك بهذه الدفوع تجاه

هذا الدائن. وكذلك إذا كان للمدين دفع خاص بأحد الدائنين الآخرين تترتب عليه براءة ذمته من حصة هذا الدائن فله أن يتمسك به تجاه الدائن المطالب.

الدفوع الخاصة بالدائن المطالب

١٤٢ـ فمثال أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب أن تكون حصة هذا الدائن قد انقضت بالمقاصة بدين للمدين على هذا الدائن، أو أن يكون هذا الدائن قد أبرأ المدين من حصته أو وهبها له، الخ...

الدفوع المشتركة

١٤٣ـ والدفوع المشتركة هي الدفوع التي تتعلق بأصل الدين، أي بالعقد الذي أنشأ الالتزام، كما لو كان هذا العقد باطلاً أو موقوفاً لنقص في أهلية المدين أو لعيب في رضائه. فمثل هذا العيب يمكن الاحتجاج به على جميع الدائنين. ومثال ذلك أيضاً ما إذا كان المدين قد وفى بكل الدين لدائن غير الدائن المطالب وبرئت ذمته تجاه جميع الدائنين.

الدفوع الخاصة بدائن آخر

١٤٤ـ أما الأوجه الخاصة بدائن غير الدائن المطالب فهي مثل أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب. وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين الاحتجاج بهذه الدفوع تجاه الدائن المطالب إلا بقدر حصة الدائن يمكن الاحتجاج تجاهه بهذه الدفوع. (م ٣١٦).

المبدأ الثالث ـ النيابة المتبادلة بين الدائنين في الأعمال النافعة دون الأعمال الضارة

١٤٥ـ لا يجوز لأحد الدائنين أن يأتي عملاً يضر بالدائنين الآخرين، وإذا أتى عملاً من شأنه الإضرار بهم فلا يسري هذا العمل في حقهم (م ٢/٣١٨). وعلى العكس من ذلك إذا قام أحد الدائنين بعمل نافع فإن الدائنين الآخرين يستفيدون منه. والسبب في استفادة الدائنين من الأعمال النافعة التي يقوم بها بعضهم وعدم سريان الأعمال الضارة بحقهم هو أن كل دائن يعتبر وكيلاً عن غيره من الدائنين عند قيامه

بعمل يتعلق بالدين، وإن باقي الدائنين يعتبرون قد وكل بعضهم بعضاً في هذا الخصوص وإذا كان كل منهم يعتبر قد وكل الآخرين فلا يكون ذلك إلا فيما ينفع ولا يكون فيما يضر.

الأعمال النافعة

١٤٦ـ فمثال الأعمال النافعة قطع التقادم، وإعذار أحد الدائنين المدين، والمطالبة القضائية بالفوائد، وحصول أحد الدائنين على حكم ضد المدين، ما لم يكن الحكم مبنياً على سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لمصلحته، كما لو كان التقادم قد توقف لمصلحته لطروء نقص على أهليته.

الأعمال الضارة

١٤٧ـ ومثال الأعمال الضارة حصول المدين على حكم ضد أحد الدائنين، وإعذاره لأحدهم، ونزول أحد الدائنين عن التأمينات التي تضمن الدين، وكذلك تأجيل أحد الدائنين الدين كله. فلا يسري كل ذلك في حق الدائنين الآخرين.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

انقسام الدين

١٤٨ـ يحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض مبدأ جوهري هو أن الذي ينقسم فيما بينهم، وما يقبضه أحدهم يشترك فيه الجميع. بهذا يشبه التضامن بين الدائنين الدين المشترك (م ٣١٩). والأصل أن حصص الدائنين تعتبر متساوية إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يحدد هذه الحصص.

الأساس القانوني لرجوع الدائنين على الدائن القابض

١٤٩ـ ويمكن تلمس الأساس القانوني لرجوع الدائنين على الدائن الذي قبض الدين كله في وكالة ضمنية. فالدائن القابض يعتبر أصيلاً عن نفسه في القبض ووكيلاً عن الدائنين الآخرين. وهذه الوكالة تستفاد من واقعة التضامن. فالدائنون ما داموا قد اتفقوا على التضامن فيما بينهم في مطالبة المدين فمعنى ذلك أنهم قد وكل بعضهم بعضاً في قبض الدين.

الفرع الثالث

المدينون المتضامنون أو التضامن السلبي

تمهيد

١٥٠ـ يكون المدينون متضامنين إذا كان للدائن مطالبة أي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام، وإذا وفى أحدهم بالدين برئت ذمته وذمم المدينين الآخرين. فإذا باع شخص شيئاً من ثلاثة أشخاص واشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن كان له مطالبتهم مجتمعين ومنفردين، والمدين الذي يطالبه الدائن بالثمن يكون ملزماً بالوفاء بالثمن كله.

ونرى التضامن بين المدينين في مبحثين نتكلم في الأول على مصادره وفي الثاني على آثاره.

المبحث الأول

مصادر التضامن بين المدينين

مصدران: الاتفاق والقانون

١٥١ـ للتضامن بين المدينين مصدران، هما الاتفاق والقانون، وهو لا يفترض (م ٣٢٠) ونرى كلاً من ذلك على حدة.

أولاً ـ الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٥٢ـ يصح أن يرد الاتفاق على التضامن بين المدينين في صلب العقد أو في اتفاق لاحق. وهو في كلتا الحالتين يجب أن يكون صريحاً لا لبس فيه ولا إبهام، كما يجوز افتراضه. فإذا باع شخص قطعة أرض، مثلاً، من أربعة أشخاص صفقة واحدة بدون أن يعين حصة كل منهم في الأرض أو الثمن، فلا يجوز أن نستخلص من ذلك أن المشترين الأربعة متضامنون في الوفاء بالثمن، بل يجب اعتبارهم متساوين في الحصص، فيكون لكل منهم ربع الأرض على الشيوع وعلى كل منهم ربع ثمنها بعد انقسام الدين عليهم. فإذا أراد البائع أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن فعليه أن يشترط ذلك بوضوح لا يترك مجالاً للشك. فإذا لم يشترطه فالمشترون لا يكونون متضامنين في الوفاء بالثمن ويفسر الشك لمصلحتهم.

التضامن بين المدينين في المسائل التجارية

١٥٣ـ والأمر على خلاف ما تقدم في المسائل التجارية. فالتضامن بين المدينين منصوص عليه في القانون. فقد نصت المادة (١٠٣) من القانون التجاري على ذلك بقولها: «إذا ارتبط شخصان فأكثر على وجه الاشتراك بتعهد ما تجاه شخص آخر في معاملة تعد تجارية بالنسبة لهم أو لأحدهم فيكون جميع المرتبطين بذلك التعهد مسؤولين بالتضامن والتكافل ما لم يشترط خلاف ذلك» .

ثانياً ـ القانون كمصدر للتضامن بين المدينين

١٥٤ـ هناك نصوص متفرقة في قوانين مختلفة تقضي بالتضامن بين المدينين. من ذلك ما نصت عليه المادة (٨٧١) من القانون المدني من أنه: « إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في المعمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية» . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من أنه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعهد أو المتعدي منهما. فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان» . وهناك نصوص أخرى لا داعي لذكرها اكتفاء بما تقدم.

المبحث الثاني

آثار التضامن بين المدينين

علاقة الدائن بالمدين وعلاقة المدينين ببعضهم

١٥٥ـ تختلف آثار التضامن بين المدينين في علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين عنها في علاقة المدينين بعضهم ببعض. ونرى كلاً من ذلك على حد.

أولاً ـ العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين

مبادئ ثلاثة

١٥٦ـ يحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين المبادئ الثلاثة التالية: وحدة المحل، وتعدد الروابط، والنيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر. نرى كلاً من فيما يلي:

أ ـ وحدة المحل

١٥٧ـ أهم آثار التضامن بين المدينين يظهر في اعتبار كل مدين ملزماً بكل الدين. فيستطيع الدائن أن يطالب أياً شاء منهم بكل الدين. وإذا طالب أحدهم لم يسقط حقه في مطالبة غيره، فيستطيع مطالبتهم مجتمعين ومنفردين. ولا يستطيع المدين الذي

يطالبه الدائن أن يقتصر على دفع حصته فقط. وإذا وفى أحد المدينين بالدين برئت ذمته وذمم المدينين الآخرين، وكان له الرجوع عليهم كل بقدر حصته (م ٣٢١).

انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بغير الوفاء

١٥٨ـ وقد ينقضي الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بأحد أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء. في هذه الحالة لا يستطيع الدائن مطالبة الآخرين إلا بعد خصم حصة المدين الذي انقضى الدين بالنسبة له. ذلك أن الدين يعتبر واحداً، أو كلاً، بالنسبة لجميع المدينين. فإذا انقضى جزء منه فإن هذا الجزء ينقضي بالنسبة للمدينين جميعاً. وأسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء هي: التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم واليمين (م ٣٢٤ـ ٣٢٩).

ب ـ تعدد الروابط

١٥٩ـ يبقى المدينون المتضامنون، بالرغم من وحدة المحل. مرتبطين بالدائن بروابط متعددة تختلف إحداها عن الأخرى. فيبقى كل مدين مرتبطاً بالدائن، بالإضافة إلى رابطة التضامن التي تربطه مع المدينين الآخرين برابطة الخاصة التي قد تختلف عن الروابط التي تربط غير من المدينين وهذا هو معنى تعدد الروابط في التضامن بين المدينين.

اختلاف الأوصاف التي قد تلحق روابط المدينين المتضامنين

١٦٠ـ ولما كانت الروابط التي تربط المدينين المتضامنين بالدائن متعددة فمن الممكن أن يكون بعضها موصوفاً وبعضها الآخر بسيطاً. وقد يختلف الوصف الذي يلحق إحدى هذه الروابط عن الوصف الذي يلحق غيرها. فقد تكون إحدى هذه الروابط معلقة على شرط واقف. وأخرى مقترنة بأجل واقف، وثلاثة منجزة فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبته المدينين بالدين. فهو لا يستطيع مطالبة المدين المعلق

دينه على شرط واقف قبل تحقق الشرط، ولا مطالبة المدين الذي يتمتع بأجل واقف قبل حلول الأجل، وهكذا...

الدفوع:

١٦١ـ ومن مقتضى مبدأ تعدد الروابط أن يكون لبعض المدينين المتضامنين دفوع خاصة به لا يستطيع غيره من المدينين التمسك بها. ولتمييز الدفوع التي لا يمكن لأحد المدينين فقط التمسك بها من الدفوع التي يمكن لكل المدينين التمسك بها تقسم الدفوع إلى ثلاثة أقسام: عينية أو مشتركة، وشخصية ومختلطة.

١ـ الدفوع العينية أو المشتركة

١٦٢ـ الدفوع العينية أو المشتركة هي التي ترد على أصل الدين ويمكن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها. مثال ذلك الدفع ببطلان العقد، وبالتقادم، ويكون العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق، أو على شرط فاسخ تحقق، أو مضافاً إلى أجل واقف لم يحل، الخ...

٢ـ الدفوع الشخصية

١٦٣ـ والدفوع الشخصية هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين فقط، ولا يستفيد منها غيرهم من المدينين. وهذه الدفوع تتعلق بنقص الأهلية وعيوب الرضاء. ويقال لها دفوع شخصية بحتة أيضاً.

ـ الدفوع المختلطة

١٦٤ـ والدفوع المختلطة هي التي تتحقق بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين ويستفيد منها الآخرون. وهذه الدفوع هي التي تنشأ عن انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين فقط. وقد وصفت هذه الدفوع بالمختلطة لأنها شبيهة بالدفوع العينية من جهة، حيث يمكن لجميع المدينين المتضامنين بها، وبالدفوع الشخصية التي لا يمكن التمسك بها إلا بقدر حصة المدين الذي يثبت له من جهة أخرى.

ج ـ النيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر

١٦٥ـ ومعنى النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين أن كل مدين يعتبر ممثلاً للآخرين في الأعمال النافعة التي يقوم بها دون الأعمال الضارة. فإذا قام أحدهم بعمل نافع استفادوا منه جميعاً، وإذا قام بعمل ضار، أو قام الدائن بعمل ضد أحدهم، اقتصر أثر هذا العمل على المدين الذي قام الدائن ضده بالعمل، ولا ينصرف أثره إلى المدينين الآخرين. وقد أورد القانون المدني العراقي عدة تطبيقات لهذا المبدأ في المواد (٣٢٩ـ ٣٣٣)، وهي: انقطاع التقادم أو وقفه، وخطأ أحد المدينين في تنفيذ التزامه، والإعذار والمطالبة القضائية، والصلح مع أحد المدينين، وإقرار أحد المدينين أو إقرار الدائن، وصدور حكم على أحد المدينين أو لمصلحته.

ثانياً ـ علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

انقسام الدين

١٦٦ـ تحكم علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض قاعدة جوهرية هي انقسام الدين. فإذا وفى أحدهم بالدين فإنه يرجع على كل الآخرين بقدر حصته (م ٣٣٤). وتحديد حصة كل مدين في الدين إما أن يكون في العقد أو بنص القانون. فإذا لم ينص العقد ولا القانون على ذلك اعتبرت الحصص متساوية، ويقسم الدين بالتساوي بين الجميع. فإذا اشترى أربعة أشخاص، أرضاً ولم يذكر في العقد مقدار حصة كل منهم في الأرض فالمفروض أن حصصهم متساوية. وإذا وفى أحدهم بالثمن كله رجع على كل من الآخرين بربع الثمن.

وقد يحدد القاضي حصة كل من المدينين المتضامنين في الدين. وهذا ما يحصل في المسؤولية عن العمل غير المشروع، أي المسؤولية التقصيرية. فإذا اشترك عدة أشخاص في إحداث ضرر لآخر وأمكن تعيين جسامة خطأ كل منهم فالقاضي يحدد في الحكم الذي يصدره مقدار ما يتحمله كل منهم من التعويض.

إعسار بعض المدينين المتضامنين

١٦٧ـ إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين وأراد الرجوع على الآخرين فوجد بعضهم معسراً وزعت حصة المعسر على المدينين الآخرين (م ٣٣٤).

قضاء الدين بغير الوفاء

١٦٨ـ وإذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بغير الوفاء، كالوفاء بمقابل والصلح إذا لم يكن بدل الصلح من جنس الدين، والحوالة على شخص ثالث، فإنه يرجع على المدينين الآخرين بما ضمن لا بما أدى فعلاً، حتى لو كان ما أداه أقل قيمة مما ضمن. فإذا كان مقدار الدين ألف دينار مثلاً وكان المدينون أربعة وتصالح أحدهم مع الدائن على سيارة بدل الألف دينار، فإنه يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته في الدين، حتى لو كانت قيمة السيارة أقل من ألف دينار وكذلك الأمر إذا وهب الدائن الدين لأحد المدينين، فالموهوب له يرجع على كل من المدنين الآخرين بقدر حصته في الدين. ويسري هذا الحكم إذا أحال أحد المدينين الدائن بالدين على شخص ثالث (م ٣٣٥).

أحد المدينين المتضامنين فقط هو صاحب المصلحة

١٦٩ـ وإذا كان أحد المدينين المتضامنين وحده صاحب المصلحة في الدين، و لم يكن المدينون الآخرون في الحقيقة سوى كفلاء، فالذي يتحمل الدين هو صاحب المصلحة. فإذا وفى هذا بالدين فإنه لا يرجع على أحد، وإذا وفاه أحد المدينين الآخرين فإنه يرجع على المدين صاحب المصلحة بكل الدين (م ٢/٣٣٥).

الأساس القانون لرجوع المدين الموفى على المدينين الآخرين

١٧٠ـ إذا وفى أحد المدينين المتضامنين بالدين كان له أن يرجع على المدينين الآخرين إما بدعوى شخصية أو بدعوى الحلول. تقوم الدعوى الشخصية على أساس من الوكالة أو الفصول. فالمدين الموفي يعتبر، في وفاته لكل الدين، أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن المدينين الآخرين أو فضولياً بالنسبة لهم، وعندئذ يرجع عليهم إما بدعوى

الوكيل تجاه موكله أو بدعوى الفضولي تجاه رب العمل، ولكن القانون المدني العراقي لم يأخذ بالفضول كتطبيق من تطبيقات الكسب دون سبب.

والرجوع بدعوى الحلول يقوم على أساس أن من دفع للدائن حقه يحل محله في هذا الحق، فينتقل إليه هذا الحق بصفاته وتأميناته ودفوعه.

وتمتاز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول من أنها تسمح للمدين الموفى أن يرجع على المدينين الآخرين بفوائد المبالغ التي دفعها للدائن كما أن هذه الدعوى فيها ميزة أخرى هي أن التقادم بالنسبة لها يسري من تاريخ الوفاء لا من تاريخ حلول الدين.

وتمتاز دعوى الحلول على الدعوى الشخصية في أن التأمينات التي كانت تضمن الدين تنتقل مع الدين لتضمن للموفي الحصول على ما دفعه. ولكن هناك محذوراً في هذه الدعوى هو أن التقادم بالنسبة لها يسري من حين حلول الأجل لا من حين الوفاء. فإذا كانت مدة التقادم بالنسبة للدعويين واحدة فإن دعوى الحلول تنقضي قبل دعوى الوكالة. ذلك أن حلول الأجل سابق في الغالب على الوفاء.

التضامن بين المدينين في الفقه الإسلامي

١٧١ـ والفقه الإسلامي يعرف التضامن بين المدينين ومصدر التضامن إما الاتفاق أو الشرع. مثال الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين الكفالة، كما إذا اقترض عدة أشخاص مالاً من شخص على أن كل واحد كفيل عن صاحبه. ومثال الشرع كمصدر للتضامن بين المدينين شركة المفاوضة. فالشركاء في هذه الشركة يكونون دائنين متضامنين في المطالبة بالديون التي تثبت للشركة على الغير، كما يكونون متضامنين في الوفاء بالديون التي تترتب على الشركة للغير.

والآثار التي يقررها الفقهاء المسلمون على التضامن هي، على العموم، الآثار التي يرتبها الفقه الغربي في علاقة الدائن بالمدينين وفي علاقة المدينين بعضهم ببعض.

الفرع الرابع
الالتزام غير القابل للانقسام

١٧٢ـ يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا لم يكن من الممكن تنفيذه تنفيذاً جزئياً. ومثال ذلك ما إذا اشترى شخص سيارة من شخصين. فالبائعان ملزمان بتسليم السيارة، ويستطيع المشتري أن يطالب أياً منهما بهذا التسليم، إذ لا يمكن أن يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين، كما هو الحال بالنسبة للأشياء المثلية.

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٧٣ـ وعدم قابلية الالتزام للانقسام إما أن يعود إلى اتفاق الطرفين أو إلى طبيعة المحل. ففي عدم القابلية للانقسام الذي يعود إلى الاتفاق يكون الالتزام قابلاً للانقسام بطبيعته ولكن المتعاقدين يتفقان على اعتباره غير قابل له. مثال ذلك ما إذا اشترى شخص مائة طن من الحنطة واشترط أن يكون تسليم هذه الكمية غير قابل للانقسام. فمحل الالتزام في هذه الحالة قابل للانقسام بطبيعته ولكن اتفاق الطرفين جعله غير قابل له. وقد يكون الاتفاق على عدم القابلية للانقسام ضمنياً وذلك إذا تبين أن الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل للانقسام. مثال ذلك ما إذا تعهد شخص بإقراض آخر مبلغاً من المال للقيام بعمل، كبناء دار. فمبلغ القرض كله يكون غير قابل للانقسام (م ٣٣٦).

١٧٤ـ وفي عدم قابلية الالتزام للانقسام الذي يرجع إلى طبيعة المحل يكون عدم القابلية للانقسام إما مطلقاً أو نسبياً، فمثال عدم القابلية للانقسام المطلق لا يقبل الالتزام الانقسام بأي شكل من الأشكال، كما إذا كان محل الالتزام لا يمكن انقسامه كتسليم سيارة أو حصان، وكذلك إذا كان تركاً، أي عدم القيام بعمل. فإذا باع شخصان سيارة فالمشتري يستطيع أن يطالب أياً منهما بتسليم السيارة، ولا يمكن أن يطالب كلاً منهما بتسليم نصف السيارة. وكذلك الأمر إذا كان محل الالتزام تركاً، أي عدم القيام بعمل، فهو لا يكون قابلاً للانقسام. فمجرد قيام المدين بجزء ولو يسير من العمل الذي التزم بعدم القيام له يعتبر إخلالاً بالتزامه.

١٧٥ـ ويكون عدم القابلية للانقسام نسبياً إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بشكله الطبيعي، ولكن يمكن تصور انقسامه في التنفيذ. مثال ذلك التعهد ببناء منزل. فالالتزام في هذه الحالة يمكن تصور انقسامه، فيتعهد مقاول ببناء الأسس وآخر بإقامة الهيكل وثالث بعمل الأبواب والشبابيك، وهكذا...

ولكن إذا ورد التعهد على بناء منزل فإنه يكون غير قابل للانقسام. ذلك أن ما يسمى منزلاً لا يمكن أن يوجد إلا عند إنهاء العمل، وهذا يترتب عليه أن الالتزام لا يتم إلا ببناء المنزل كاملاً.

الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٧٦ـ لا تظهر الأهمية العملية لعدم قابلية الالتزام للانقسام إلا عند تعدد المدينين أو تعدد الدائنين. فإذا كان كل من الدائن والمدين واحداً لم تثر أمامنا صعوبة. فسواء أكان الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل له فإنه في تنفيذه، يكون غير قابل له. فالدائن يستطيع دائماً أن يطلب التنفيذ الكلي، ولا يستطيع المدين أن يجبره على قبول التنفيذ الجزئي. وإنما تظهر الأهمية العملية لعدم القابلية للانقسام في حالة تعدد المدينين وتعدد الدائنين. ذلك أن الأصل في تعدد المدينين، إذا لم يكن بينهم تضامن أن ينقسم الدين عليهم. ولكن إذا كان غير قابل للانقسام فبإمكان الدائن أن يطالب أياً منهم بالتنفيذ الكلي، ويكون كل مدين ملزماً بالتنفيذ الكامل. وكذلك الأمر إذا تعدد الدائنون و لم يكن بينهم تضامن، فكل دائن لا يستطيع أن يطالب بحصته. ولكن إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام فبإمكان كل دائن أن يطالب بكل الدين.

١٧٧ـ هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا النظام غريب على القانون المدني العراقي المستمد في الفقه الإسلامي، وكان يحسن عدم التطرق إليه نهائياً. فالنتائج التي يؤدي إليها يمكن الوصول إليها، إذا كان الالتزام قابلاً للانقسام بطبيعته، بالنص على التضامن بين الدائنين أو بين المدينين. وإذا كان المحل غير قابل للانقسام بطبيعته فلا

داعي لنظام الالتزام غير القابل للانقسام لتمكين الدائن من مطالبة أي مدين بكل الدين أو لتمكين أي دائن بمطالبة المدين بكل الدين. وهذا تؤيده الأحكام القضائية الصادرة في هذا الصدد. من ذلك ما جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق صادر في ٣ـ ١١ـ ٥٦. أما كفالة المميز لرفيقه فثابتة بموجب المادة (٣٣٧) من القانون المدني باعتبار أن الالتزام غير قابل للانقسام. وما جاء في حكم آخر صادر في ١١ـ ١٢ـ ٧٥ـ من أن «المميزان مدينان بالمبلغ المدعى به على وجه التكافل والتضامن وأن المميز عليه كان قد سجل البيع باسميهما. وحيث أن الدين غير مقسوم على المميزين فلا يصح التمسك ضد المميز عليه بعدم القيام بالتزامه. ولما كان الدين غير قابل للانقسام فتكون المطالبة للمميزين أو لكليهما صحيحة وذلك وفق «المادة ٣٣٧ مدني» . فهذان الحكمان يستعملان تعبير تكافل وتضامن بدلاً من تعبير التزام غير قابل للانقسام. وهذا يفيد أننا نستطيع الاستغناء عن هذا النظام والاكتفاء بنظام التكافل والتضامن.

الباب الثالث

انتقال الالتزام

يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته ـ حقاً كان أو ديناً ـ من شخص إلى آخر: من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره ديناً. ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين. وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين، فالذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات وضمانات ودفوع. ينتقل بجميع صفاته، فلو كان التزاماً تجارياً أو قابلاً للتنفيذ أو ينتج فوائد انتقل محتفظاً بهذه الصفات. وينتقل بجميع ضماناته، فلو كان التزاماً مضموناً برهن أو امتياز أو بكفالة انتقل مع التأمين الذي يضمنه. وينتقل بجميع دفوعه، فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان أو بسبب من أسباب الانقضاء فإنه يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الدائن الجديد في حوالة الحق أو يتمسك المدين الجديد به تجاه الدائن في حوالة الدين.

وينتقل الالتزام بالوفاة أو بين الأحياء، ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث والوصية.

أما انتقال الالتزام بين الأحياء فقد نظمه القانون المدني العراقي في المواد من ٣٣٩ـ ٣٧٤. وهذا الانتقال قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً. ويقال للأول حوالة الحق وللثاني حوالة الدين.

وسنتكلم فيهما تباعاً في فصلين مستقلين: نتناول في أولهما حوالة الدين وفي ثانيهما حوالة الحق.

الفصل الثامن

حَوالة الدين

تعريفها: الحوالة معناها لغة الانتقال لأنها مأخوذة من التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل. ومعناها قانوناً نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، المادة (١/٣٣٩) مدني. ففي حالة الدين يتفق المدين مع أجنبي على أن يتحمل عنه الدين، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته. ويسمى المدين محيلاً والأجنبي محالاً عليه، والدائن محالاً له. وقد يكون المحيل هو الدائن والمحال عليه هو المدين كما إذا أحال البائع غريمة بالثمن على المشتري وعلى كل حال يجب أن يكون المحيل مديناً للمحال له كما سيأتي.

و لم تقبل الشرائع جميعاً حوالة الدين، فالقانون الفرنسي والقانون المصري القديم، وإن أجازا حوالة الحق إلا أنهما لم يجيزا حوالة الدين، وذلك تمشياً مع النزعة الشخصية في الالتزام. وعلى العكس فإن الشرائع ذات النزعة المادية كالقانون الألماني والقانون السويسري والشريعة الإسلامية، قد أجازت حوالة الدين. وقد تبع هذه الشرائع القانون المدني العراقي فنظم حوالة الدين في المواد من ٣٣٩ـ ٣٦١.

وحوالة الدين أجازتها الشريعة الإسلامية كما قدمنا وقد قال بذلك فقهاء المذاهب جميعاً من دون خلاف[١] ، وهي وإن كانت من نوع بيع الدين بالدين الذي حرمه كثير من الفقهاء، إلا أنها جوزت لحالة الناس مسامحة وإرفاقاً، وهي فوق ذلك تستند إلى الحديث الشريف الصحيح: «مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع» ، أو كما رواه الإمام أحمد بن حنبل «ومن أحيل على ملئ فليحتل» [٢] .

---

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٦٠ص ٦٠٠.

(٢) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني جـ٥ ص ٢٦٦ الطبعة الأخيرة.

أنواعها

وحوالة الدين نوعان: مطلقة ومقيدة.

فهي مطلقة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ولم يكن له عنده عين، أو كان له عليه دين أو عنده عين ولكن المحيل لم يقيد أداء الدين في الدين الذي عليه أو من العين التي له عنده المادة (٢/٣٣٩) مدني. وهي مقيدة إذا قيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين المادة (٣/٣٣٩) مدني.

وهناك شروط وأركان لا بد من توفرها لانعقاد الحوالة. فيجب أن نراها أولاً. فإذا عرفنا هذه الشروط والأركان بقي أن نعرف أحكام الحوالة. ونرى كلاً من ذلك في مبحث خاص.

المبحث الأول
أركان حوالة الدين وشروطها

حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله. فأركان هذه الحوالة هي أركان أي اتفاق يتم بين طرفين. ومن ثم تكون هذه الأركان هي التراضي والمحل السبب.

فلا بد من وجود تراض صادر من ذي أهلية، خال من العيوب.

ويلزم وجود محل مستوف شروطه القانونية. والمحل هنا هو الدين المحال. والحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، وسواء كانت منجزة أو مؤجلة أو معلقة على شرط أو مستقبلة. وهي تنعقد صحيحة في الدين المستقبل، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين.

وسبب عقد الحوالة هو الباعث الدافع عليها، وسبب التزام المحال عليه هو المقابل الذي يبتغي الحصول عليه من وراء التزامه أو هو قصد التبرع عن المدين الأصلي.

فنحيل في كل ذلك إلى القواعد العامة في نظرية العقد، ونكتفي هنا بالإشارة إلى بعض الأحكام الخاصة فقط.

الأهلية:

أطراف الحوالة هم المحيل، والمحال له، والمحال عليه. فإذا كانوا جميعاً عاقلين بالغين، صحت الحوالة ونفذت. أما إذا كانوا أو كان بعضهم غير ذلك ففي المسألة تفصيل كما يلي:

أولاً ـ أهلية المحيل: الأهلية الواجبة في المحيل هي أهلية التعاقد بوجه عام. والحوالة من جهته تدخل في فئة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. وعليه إذا كان المحيل صغيراً غير مميز، فلا تصح حوالته. وإن كان مميزاً كانت حوالته موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت، وإلا فلا.

ثانياًـ أهلية المحال له: وهو يخضع لنفس أحكام المحيل مبدئياً وفوق ذلك لا بد لصحة إجازة ولي الصغير المميز، من أن يكون المحال عليه أملأ أي أغنى من المحيل. وإلا كانت الإجازة والحوالة باطلتين. وبهذا المعنى جاءت المادة (٣٤٥) مدني بقولها قبول الأب أو الوصي الحوالة على الغير جائز إن كان فيه خير للصغير بأن يكون المحال عليه أملأ من المحيل. وغير جائز إن كان مقارباً أو مساوياً في اليسار.

ثالثاًـ أهلية المحال عليه: أما أهلية المحال عليه فهي أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التي تقوم بينه وبين المدين الأصلي (المحيل). وبمقتضى مجلة الأحكام العدلية، يعتبر قبول المحال عليه بالحوالة من فئة التصرفات التي فيها ضرر محض، فلا يجوز للقاصر قبولها ولو رضي بذلك وليه، وذلك سواء أكان القاصر مميزاً أم غير مميز أم محجوراً عليه أم مأذوناً. وإذا قبلها كان قبوله باطلاً المادة (٦٨٤) من مجلة الأحكام العدلية.

الديون التي تصبح بها الحوالة (المحل):

الدين الذي تصح به الحوالة هو الدين الصحيح الثابت في الذمة فلا تصح الحوالة بالأعيان المعينة. والأصل في ذلك أن كل دين لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة[1] وكل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة إلى الدين المجهول (غير معلوم المقدار)[2] فأن الحوالة لا تصح به وإن صحت به الكفالة. وهذا ما تقضي به المادة (٣٤٣) مدني بقولها «كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة بشرط أن يكون معلوماً».

وكما تصح الحوالة بالديون الثابتة أصالة في الذمة كدين القرض والثمن والأجرة تصح الحوالة أيضاً بالديون الثابتة في الذمة بطريق الكفالة أو الحوالة أي أنه يجوز للكفيل أو المحال عليه أن يحيل الدائن على غيره. وتصح أيضاً إحالة المستحق في الوقف دائنه باستحقاقه على متولي الوقف إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده وقبل المتولي الحوالة لأن الغلة متى وصلت إلى يد المتولي صارت ديناً عليه للمستحقين ووجب إعطاؤها لهم في الميعاد المتفق عليه. أما قبل تحصيلها فلا تصح الحوالة بها المادة (٣٤٤) مدني.

شروط صحة الحوالة:

تقضي المادة (٣٤٢) مدني بأنه «يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة». وهذا النص مأخوذ عن الفقه الإسلامي. وقد كان

---

(١) مثال ذلك دين الوديعة. فإذا أودع شخص شيئاً عند أخر فليس له أن يطلب منه كفيلاً برد الشيء المودع. وعليه فلا يستطيع الوديع أن يحيل المودع على آخر بقبض الشيء المودع.

(٢) فإذا أحدث شخص ضرراً لآخر ووجب عليه التعويض. فمقدار التعويض غير معلوم قبل تحديده باتفاق أو بحكم قضائي، وعليه فلا يجوز للمدين بالتعويض أن يحيل الدائن به (المتضرر) على شخص ثالث. ذلك أن الدين الناشئ عن العمل الضار غير معلوم المقدار. ولكن مع ذلك تصح الكفالة بهذا الدين، فيجوز للدائن بالتعويض أن يطلب من المدين به (محدث الضرر) كفيلاً بدفع مبلغ التعويض قبل تحديده رضاء أو قضاء. عبد المجيد الحكيم ـ أحكام الالتزام ـ جـ٢. الطبعة الثالثة. ص ٣٢٦.

المشرع في غنى عن إيراده لأنه يستفاد من تعريفه للحوالة. فهو قد عرفها بأنها: «نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه». وهذا التعريف يقتضي أن يكون المحيل مديناً للمحال له. فإذا لم يكن مديناً له فهي توكيل بالقبض.

انعقاد الحوالة:

وحوالة الدين تتم إما باتفاق بين المحيل والمحال عليه، أو باتفاق بين المحال له والمحال عليه، دون تدخل من المحيل. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

أولاً ـ انعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه: تتم الحوالة عادة في صورة اتفاق بين المحيل (المدين الأصلي) وبين شخص آخر يحل محله في الدين. ولكن ما هو موقف الدائن بالنسبة إلى هذا الاتفاق؟

لا يمكن تصور تمام الحوالة أو نفاذها في هذه الصورة إلا بتدخل الدائن. ذلك أن تغيير المدين أمر خطير، فشخصية المدين هي ذات اعتبار كبير في الالتزام، إذ أن قيمة الالتزام تتوقف على ملاءته وعلى حرصه على الوفاء بما عليه. فلا بد إذن من تدخل الدائن في الحوالة على أي حال.

واشتراط تدخل الدائن قد يكون بقصد ترتيب الحوالة أثرها ليس فقط في حق الدائن بل حتى فيما بين طرفيها أي بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه، بحيث إذا لم يقرها بطل الاتفاق واعتبر كأن لم يكن حتى فيما بين طرفيه.

وقد يشترط إقرار الدائن للحوالة بقصد نفاذها في حقه فقط، فإذا هو لم يقرها لم تنفذ في حقه لكن بقيت نافذة بين المتعاقدين.

وفي الحالة الأولى تكون الحوالة موقوفة على إقرار الدائن، إذا أقرها نفذت، وإن لم يقرها بطلت. وفي الحالة الثانية تقوم الحوالة ولكن لا تنتج آثارها في حق الدائن إلا بإقراره.

وقد اتبع المشرع العراقي الحل الأول، فافترض أن نية المتعاقدين (المحيل والمحال عليه) قد انصرفت إلى عدم ترتيب أي أثر على الحوالة إذا لم يقرها الدائن. فقد نصت المادة (٣٤٠) مدني على أنه:

١ـ الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على الحال له.

٢ـ وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة.

فحوالة الدين باتفاق المحيل والمحال عليه في القانون العراقي من قبيل العقد الموقوف الذي يعرفه الفقه الإسلامي فإذا أقرها الدائن نفذت، وإن لم يقرها بطلت وكانت بدون أثر حتى بين المتعاقدين.

أما القانون المصري فقد اختار الحل الثاني. فقد افترض أن المحال عليه قد قبل الالتزام بقضاء الدين عن المدين الأصلي، بصرف النظر عن إقرار الدائن الحوالة أو عدم إقرارها. فإقرار الدائن فيه شرط لنفاذ الحوالة في حقه. ولهذا نصت المادة (١/٣١٧) مصري على أنه ما دام الدائن لم يحدد موقفه في الحوالة إقراراً أو رفضاً، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة. فلو رفض الدائن إقرار الحوالة ظل المحال عليه ـ طبقاً للقانون المصري ـ مرتبطاً بعقد الحوالة في علاقته مع المدين، أي ملزماً بالوفاء للدائن إذا طلب المدين إليه ذلك، فإذا هو تخلف عن الوفاء كان مسؤولاً أمامه بالتعويض لتخلفه عن الوفاء بالتزامه العقدي.

إقرار (قبول) الدائن للحوالة: ومع مراعاة ما تقدم من فرق بين القانون العراقي والقانون المصري، فإن إقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

وليس للإقرار الصريح بشكل خاص. والإقرار الضمني يكون من كل عمل يصدر من الدائن ويكون قاطعاً في الدلالة على معنى الإقرار. ومثاله أن يستوفي الدائن الدين

أو جزءاً من الدين من المحال عليه دون تحفظ، بعد أن يكون قد علم بالحوالة، أو مطالبته المحال عليه بالدين، أو منحه إياه أجلاً للوفاء.

أما عن وقت صدور الإقرار: فوفقاً للقانون العراقي يجوز أن يصدر الإقرار في أي وقت بعد انعقاد الحوالة، ولو قبل أن يعلن بها. فإذا قام المحال عليه أو المحيل بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة وجب أن يصدر الإقرار خلال هذا الأجل، فإذا انقضى دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة، مادة (٢/٣٤٠) مدني.

ويترتب على الإقرار أثره لا من وقت صدوره بل من وقت انعقاد الحوالة.

رفض الدائن الحوالة: وللدائن أن يرفض الحوالة، فليس يجوز أن يجبر على قبول مدين على الرغم منه. فإذا رفض الحوالة اعتبرت الحوالة كأن لم تكن، أي بطلت، ولم يكن لها أثر حتى فيما بين المحيل والمحال عليه. وهذا هو حكم القانون العراقي.

أما وفقاً للقانون المصري، فإن الحوالة تظل ـ رغم رفض الدائن لها ـ قائمة بين المحيل والمحال عليه، وللأول أن يطالب الثاني بالوفاء للدائن عند حلول الأجل، وإلا كان مسؤولاً لإخلاله بالتزامه العقدي.

وإذا رفض الدائن الحوالة لم يكن له أن يعود إلى إقراره لها.

ثانياً ـ انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه: والطريقة الثانية لانعقاد الحوالة هي تمامها باتفاق بين الدائن والمحال عليه. المادة (٣٤١) مدني. وهنا لا يشترك المدين في العقد، فتنعقد الحوالة بدون موافقته، بل أنها تنفذ في مواجهته أيضاً بدون هذه الموافقة. ذلك أنه وفقاً للقواعد المقررة يجوز للأجنبي أن يفي بالدين دون رضاء المدين. المادة (٢/٣٧٥) مدني، فيجوز له أيضاً أن يتحمل بالدين عن المدين دون حاجة إلى رضائه. على أن عدم اشتراك المدين في الحوالة في هذه الصورة الثانية لحوالة الدين يظهر أثره من حيث أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي بما يوفيه للدائن لا يثبت إلا بإقرار المدين الأصلي للحوالة لأنه يعتبر متبرعاً. ولكن القانون المدني لم يتبع هذه

القاعدة على إطلاقها، بل عدلها وأكملها بما ورد في فصل قضاء دين الغير حيث نص على أنه «إذا قضى دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل. ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة من دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع» . المادة (٢٣٩) مدني.

فاستناداً إلى هذا النص الأخير، يجوز للمحال عليه أن يرجع على المدين الأصلي وإن لم يقر الحوالة إذا كان للدافع مصلحة في الوفاء أو إذا أثبت أنه لم يكن ينوي التبرع عند وفائه الدين.

المبحث الثاني
أحكام حوالة الدين

قلنا إن الحوالة قد تتم باتفاق بين المحيل والمحال عليه، وقد تتم باتفاق الدائن والمحال عليه.

وقلنا إن الحوالة التي تتم في الصورة الأولى لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها، فإن لم يقرها اقتصر أثرها على علاقة المحيل والمحال عليه بحيث يكون هذا مسؤولاً في مواجهته عن الوفاء للدائن، مع بقاء المدين نفسه ملزماً أمام الدائن بالوفاء هذا في القانون المصري، أما في القانون العراقي فإن الحوالة ـ في آثارها سواء فيما بين المدين المحيل والمحال عليه أو بالنسبة للدائن ـ تظل موقوفة على إقرار الدائن، فإذا أقرها نفذت بأثر رجعي، وإن لم يقرها بطلت.

فإذا تمت الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه انعقدت ونفذت في حق طرفيها وفي حق المحيل أيضاً بدون حاجة إلى إقرار من هذا الأخير.

ونحن نبحث هنا أحكام الحوالة في الصورتين المذكورتين، في علاقة المحال له بالمحال عليه، وفي علاقة المحال له بالمحيل، وفي علاقة المحال عليه بالمحيل.

أولاً: علاقة المحال له بالمحال عليه

تتلخص هذه العلاقة في انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى المحال عليه، ويحل هذا محل المحيل في نفس الدين، بضماناته، ودفوعه. فهناك استخلاف للمدين بواسطة المحال عليه، ويتم هذا الاستخلاف من تأريخ انعقاد الحوالة. ويترتب على ذلك ما يأتي.

١ـ يحل المحال عليه محل المحيل في نفس الدين: فهو يخلفه فيه نفسه، بصفاته. فإذا كان معلقاً على شرط أو مؤجلاً أو تجارياً أو بسند تنفيذي أو منتجاً لفوائد، انتقل كذلك إلى المحال عليه. ويقع هذا الحلول في كلتي صورتي الحوالة من تأريخ انعقادها. وبهذا تقضي المادة (٣٤٧) مدني بقولها: يتحول «الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة» .

٢ـ ينتقل المدين إلى المحال عليه بضماناته: وفي ذلك تقرر المادة (٣٤٨) مدني: «١ـ تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع. أما إذا أحال المرتهن غريماً له على الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له وكذا إذا أحال البائع غريماً له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة. ٢ـ على أن من كفل الدين المحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل المحال عليه إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة» .

ومعنى ذلك أن المشرع العراقي يفرق بين التأمينات المقدمة من المدين والتأمينات المقدمة من الغير. فالتأمينات التي يقدمها المدين كالرهن التأميني والرهن الحيازي تنتقل مع المدين وتبقى ضامنة للوفاء[١] أما التأمينات المقدمة من غير المدين، سواء كانت

---

(١) وذلك سواء تمت الحوالة بموافقة المحال عليه والمحيل أو باتفاق الدائن والمحال عليه وبدون موافقة المدين وبذلك يصبح المدين الأصلي (المحيل) في مركز الكفيل العيني، فإن ذمته قد برئت بالحوالة من الدين، ولكن ماله يظل ضامناً للدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه.

تأميناً شخصياً مثل الكفالة أو تأميناً عينياً كرهن قدمه الغير (ويسمى الكفيل العيني)، فإنها تسقط ما لم يرض الكفيل بالحوالة.

٣ـ ينتقل الدين إلى المحال عليه بدفوعه: وفي هذا تقرر المادة (٣٤٩) مدني بقولها: «للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال به بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل وإنما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو» .

وظاهر من هذا النص أن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالدفوع التي كان يتمسك بها المدين الأصلي (المحيل) إلا إذا كانت هذه الديون متعلقة بالمدين المحال به: كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو المحل أو الدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بالإبراء أو بالمقاصة. أما الدفوع المتعلقة بشخص المدين كالدفع بنقص الأهلية فلا يجوز له أن يتمسك بها.

وللمحال عليه فضلاً عن ذلك أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، كالدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته، وبالدفوع الخاصة به كذلك كالمقاصة وعيوب الرضاء، كما إذا شاب رضاءه عند قبول الحوالة غلط أو تغرير مع غبن أو إكراه أو كان ناقص الأهلية.

براءة ذمة المحال عليه من الديون:

تقضي المادة (٣٥٠) مدني بأنه: «تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به أو بحوالته إياه على آخر أو بالإبراء أو الهبة أو باتحاد الذمة أو بأي سبب آخر يقضي التزام» . ولم يكن المشرع بحاجة إلى إيراد هذا النص، فهو عبارة عن تطبيق للقواعد العامة، وكان من الأفضل عدم ذكره لأن الطرق المذكورة لانقضاء الالتزام تكلم عليها القانون في مكانها.

وإذا لم يحصل المحال له على كل المحال به من المحال عليه وكان له الرجوع على المحيل فإنه يرجع عليه بالباقي. وقد نصت على ذلك المادة (٣٥١) مدني بقولها:

«إذا مات المحال عليه مديناً يقسم ماله بين الدائنين وبين المحال له بالحصص وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع» وهذا كله إذا كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بدين أو بعين.

أحكام الحوالة المقيدة

إذا كانت الحوالة مقيدة، بأن كان للمودع عين مودعة عند المحال عليه فأحال دائنه على الوديع ليستوفي حقه من هذه العين. ففي هذه الحالة لم يتعلق الدين بذمة المحال عليه (أي الوديع) وإنما تعلق بالعين المودعة. ولهذا فإن المحال عليه (الوديع) لا يجبر على أداء الدين لأنه ليس ملزماً وإنما يجبر على بيع العين المودعة وتسديد الدين من ثمنها. المادة (٣٥٢) مدني.

فإذا هلكت العين المودعة بعد الحوالة وقبل تسديد الدين، فإن كان هلاكها بسبب أجنبي فقد بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل. واستحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلاكها في هذه الصورة.

أما إذا كان بخطأ من الوديع المحال عليه فإن الحوالة تبقى صحيحة ويحل التعويض محل ثمن العين يستوفي منه دينه المادة (٣٥٥) مدني. هذا إذا كانت العين التي قيدت الحوالة بها مودعة. أما إذا كانت هذه العين مغصوبة فإن هلاكها لا يؤثر على صحة الحوالة سواء أكان الهلاك بسبب أجنبي أم بخطأ الغاصب وتقصيره، لأن هذه العين المغصوبة مضمونة في الحالتين، فيحل التعويض محل ثمن العين ويستوفي المحال له منه دينه. وإذا استحقت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد المحال له بحقه على المحيل، المادة (٣٥٦) مدني.

أما إذا كان للمحيل دين على المحال عليه وقيد الحوالة بهذا الدين وسقط الدين، في هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما إذا كان السقوط بأمر عارض بعد الحوالة أو بأمر سابق عليها.

أ ـ **سقوط الدين بأمر عارض بعد الحوالة:** إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها فلا تبطل الحوالة. فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع

فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه المشتري وسقط الثمن عند أورد المبيع بخيار عيب أو غيره فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما أداه. المادة (١/٣٥٣) مدني.

ب ـ **سقوط الدين بأمر سابق على الحوالة:** أما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر سابق عليها وتبينت براءة المحال عليه فإن الحوالة تبطل. فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم استحق المبيع للغير بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل. المادة (٢/٣٥٣) مدني.

وإذا كانت العين المبيعة قد استحقت من تحت يد المشتري وكان هذا المشتري قد أوفى الدين المحال له، فإنه يكون للمشتري (المحال عليه) أن يختار في الرجوع إما على البائع بدعوى البيع وإما على المحال له بدعوى ما دفع دون حق المادة (٣٥٤) مدني.

ثانياً: علاقة المحال له بالمحيل

إذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها برئ المحال من الدين ومن المطالبة معاً وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه، المادة (٣٤٦) مدني. فالمحال له لا يعود باستطاعته مطالبة المحيل حتى لو تعذر عليه الحصول على دينه من المحال عليه لإعساره، إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها على التفصيل الذي سبق عرضه عند الكلام عن علاقة المحال له بالمحال عليه. أما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه وتفليسه ولو بأمر المحكمة فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل، المادة (٣٥٧) مدني.

هذا ويلاحظ أن فقهاء المذهب الحنفي يعطون للمحال له حق الرجوع (إذا توى الدين) [1] لأي سبب كان. ولهذا ذهب أستاذنا العلامة الدكتور السنهوري إلى أن الحوالة صورة خاصة من الكفالة تتميز بأن للدائن أن يرجع أولاً على الكفيل (المحال

---

(١) توى بمعنى هلك.

عليه) فإذا توى الدين عند رجع على المدين (المحيل). أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار في الرجوع إما على الكفيل أو على المدين[1]. وإذا اشترط المحال له عدم براءة ذمة المحيل كان العقد كفالة لا حوالة، فيستطيع مطالبة أياً شاء من المحيل والمحال عليه. والكفالة هنا عارية عن حق التجريد، فلا يستطيع المحيل إذا طالبه المحال له أن يدفع بحق التجريد الذي يملكه الكفيل العادي، فلا يستطيع أن يدفع بأن المحال عليه قادر على تنفيذ التزامه المادة (٣٥٨) مدني.

ثالثاً: علاقة المحال عليه بالمحيل

يحدد آثار الحوالة بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه ما بينهما من علاقة سابقة على الحوالة. فالمحال عليه قد يقصد من التحمل بالدين إلى إقراض المدين قيمة الدين، أو التبرع به، أو وفاء دين سابق عليه له. وعلى وجه العموم يعتبر المحال عليه أنه أدى إلى المدين التزاماً بقدر قيمة الحوالة.

والحوالة كما قلنا إما أن تكون مطلقة وإما أن تكون مقيدة

أ ـ الحوالة المطلقة: سبق أن رأينا أن المحال عليه في الحوالة المطلقة قد لا يكون مديناً للمحيل وليس للمحيل عنده عين مودعة أو مغصوبة، وقد يكون مديناً له أو يكون للمحيل عنده عين مودعة أو مغصوبة ولكنه (المحيل) لم يقيد أداء الحوالة بذلك الدين أو بهذه العين.

فإذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل و لم يكن لهذا عنده عين ودعة أو مغصوبة، فإنه يرجع على المحيل بعد الأداء لا قبله، ويرجع عليه بالمحال به لا بما أداه فعلاً المادة (٣٠٩) مدني (١) فإذا كان المحال به مبلغاً من النقود ولكن المحال عليه أدى شيئاً آخر، كسيارة مثلاً، فإنه يرجع على المحيل بالمبلغ المحال به لا قيمة السيارة ويكون هناك وفاء بمقابل.

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج١. ص ٢٧. هامش ـ ١ـ

وإذا كان المحال عليه مديناً للمحيل أو كان للمحيل عنده عين مودعه أو مغصوبة و لم يقيد المحيل الأداء بماله على المحال عليه من دين أو عين فإن له (المحيل) أن يطالب المحال عليه بالدين الذي له في ذمته أو بالعين المودعة أو المغصوبة. وذلك إلى أن يؤدي المحال عليه الدين للمحال له. فإذا أداه سقط عليه للمحيل بقدر ما أدى. المادة (٣٦٠) مدني.

ب ـ الحوالة المقيدة: تنص المادة (٣٦١) مدني على أنه:

١ـ إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ولا المحال عليه الدفع للمحيل فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل.

٢ـ ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له.

فالحوالة المقيدة تمنع ـ بمجرد انعقادها ـ المحيل من مطالبة المحال عليه بالدين أو العين الذي قيدت به الحوالة وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض، وتقرر الفقرة الثانية من المادة المتقدمة أنه إذا أعسر المحيل قبل أداء الدين فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا هذا المحال له وذلك لأن بمجرد انعقاد الحوالة تعلق حق المحال له بالدين أو العين فكأنه أصبح مرتهناً لهما، وهذا هو رأي الإمام زفر من فقهاء المذهب الحنفي[١].

---

(١) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ـ المعاملات الشرعية المالية ـ ط ١٩٣٦. ص ٢٠٥

الفصل التاسع

حَوالة الحق

تعريفها: حوالة الحق عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن في الالتزام ويسمى المحيل، حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له، قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام، ويسمى المحال عليه. وحوالة الحق تتم تحقيقاً لأغراض مختلفة. فقد يكون الغرض منها هو بيع الحق من المحيل إلى المحال له. وهنا تسري قواعد البيع وأهمها وجوب الثمن على المشتري ووجوب الضمان على البائع. وقد يكون الغرض من الحوالة التبرع بالحق من المحيل للمحال له، وهنا تسري قواعد عقد الهبة من وجوب نية التبرع. وقد يكون الغرض من الحوالة هو رهن الحق للمحال له فتكون الحوالة عقد رهن تسري عليه قواعد الرهن، وأهمها وجود دين للمحال في ذمة المحيل يبرر إنشاء الرهن ضماناً له. وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين.

وأياً كان الغرض من الحوالة، وأياً كانت صورة العقد الذي تتم به الحوالة، فللحوالة ذاتها أحكام خاصة بها لا بد من مراعاتها في جميع الأحوال، وهذه الأحكام تتعلق بأركان الحوالة وشروطها وكذلك، من حيث الأحكام التي تترتب عليها وسندرس كل من ذلك في مبحثين تباعاً. نخصص أولهما لأركان الحوالة وشروطها، وثانيهما لأحكام الحوالة.

المبحث الأول
أركان حوالة الحق وشروطها

أركان الحوالة

حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له. ولما كانت الحوالة اتفاقاً بين المحيل والمحال له أي عقداً، كانت أركانه وشروطه هما أركان العقد وشروطه بوجه عام. فلا بد من تراض ومحل وسبب، ولا بد أن تتوافر، في كل هذه من الأركان الثلاثة الشرائط المعروفة.

١ـ ففيما يتعلق بالتراضي: يشترط رضاه المتعاقدين وهما المحيل والمحال له. وهذان هما طرفا الحوالة وليس المدين المحال عليه طرفاً في عقد الحوالة ومن ثم فلا يشترط رضاء المدين بالحوالة لانعقادها، المادة (٣٦٢) مدني. ولا بد أن يصدر الرضاء غير مشوب بعيب من العيوب، وان يكون كل من المتعاقدين أهلا للتعاقد.

٢ـ ويشترط أن يكون للحوالة سبب مشروع.

٣ـ وفيما يتعلق بمحل الحوالة فهو الحق المحال. والقاعدة أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أياً كان محلها. فيصح أن يكون مبلغاً من النقود أو مجرد حق احتمالي أو مستقبل، والحق الشخصي قابل للحوالة حتى لو كان متنازعاً فيه.

على أن هناك حالات ثلاثاً لا تجوز فيها حوالة الحق. وهذه الحالات قد أشارت إليها المادة (٣٦٢) مدني، والمادة (٣٦٤) مدني. فتنص المادة (٣٦٢) مدني على أنه «يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ماله من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المحال عليه» .. «وتنص المادة (٣٦٤) مدني على أنه لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز» .

١ـ فقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق التي لا يجوز الحجز عليها وفي حدود الجزء غير القابل للحجز، المادة (٣٦٤)

مدني فديون النفقة ومرتبات الموظفين المتقاعدين وأجور العمال والصناع لا تجوز حوالتها إلا بمقدار ما يجوز الحجز عليه منها.

٢ـ قد تمتنع الحوالة باتفاق المتعاقدين، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره. ومن ذلك ما جرت عليه شركات أو هيئات النقل العام من عدم جواز النزول إلى الغير عن تذكرة النقل.

٣ـ وأخيراً قد تمتنع الحوالة بسبب طبيعة الحق. وذلك في الحالات التي يكون فيها الحق متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن أو روعيت فيه شخصيته كالمزارعة، وحق الشريك في شركات الأشخاص، وحق الدائن في النفقة.

شروط الحوالة

لحوالة الحق نوعان من الشروط: أولهما شروط الانعقاد، وثانيهما شروط النفاذ.

شروط الانعقاد: يكفي في انعقاد الحوالة تراضي المحيل والمحال له، أي الدائن الأصلي والدائن الجديد، ولا حاجة إلى رضاء المدين الذي في ذمته الحق، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣٦٢) مدني.

والسبب في عدم الحاجة إلى رضاء المدين أن انتقال الحق من دائن إلى دائن آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة، ففي أكثر الأحوال يستوي لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين، وهو عندما يحرص على ألا يتغير عليه دائنه يستطيع أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه. أما نفاذ الحوالة في حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو بإعلانه كما سيأتي.

والحوالة اتفاق رضائي. فلا يشترط لانعقادها شكل خاص، بل تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول حتى لو كان المحال به مضموناً برهن تأميني أو بأي حق عيني آخره ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش السجل الأصلي لهذا التأمين. وتجب مراعاة القواعد العامة في إثبات الحوالة، فلا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما زاد على خمسين ديناراً. المادة (٧٧) من قانون

الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

شروط نفاذ الحوالة: تنص المادة (٣٦٣) مدني على أنه « لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على أن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التأريخ. ويستفاد من هذا النص أن المدين والغير لا يحتج عليهما بالحوالة إلا بأحد الإجراءين المذكورين: إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها. فبالنسبة للمدين ليس من المعقول أن نسأله إذا هو أوفى للدائن القديم بدلاً من الدائن الجديد إلا إذا كان قد أحيط علماً بالحوالة كما أن الدين المحال قد يكو محلاً لحقوق أخرى كحوالة جديدة أو حجز أو رهن، وعندئذ ينبغي أن يرتب القانون إجراءً معيناً للمفاضلة بين أصحاب هذه الحقوق والمحال له.

نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين: لا تنفذ الحوالة في حق المدين إلا بأحد إجراءين: إعلانه بالحوالة أو قبوله لها.

والإعلان يوجهه الكاتب العدل للمحال عليه بناء على طلب المحيل أو بناء على طلب المحال له فلكل منهما مصلحة في ذلك أما مصلحة المحيل فالتخلص من الضمان، وأما مصلحة المحال له فحتى يستأثر بالحق المحال به لنفسه.

ويغني عن الإعلان قبول المدين الحوالة. والمفروض أن يقع هذا القبول في وقت الحوالة أو بعدها، ولا عبرة بالقبول السابق. ذلك لأن العلم الذي يجعل الحوالة نافذة في حق المدين هو العلم بالحوالة وبالمحال له.

وقبول المدين الحوالة لا يجعله طرفاً فيها، بل هو أجنبي عن العقد الذي تمت به. ولكن قبوله يعني فقط أنه علم بالحوالة وأنها أصبحت نافذة في حقه. فإذا رفض المدين قبوله الحوالة، فما على الدائن القديم أو الجديد إلا أن يعلنه بها بواسطة الكاتب العدل فتصير نافذة في حقه كما سبق أن رأينا. وكذلك فإن قبول المدين بالحوالة لا يعني إسقاط حقه في التمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن القديم، بل يظل متمسكاً بكل حقوقه السابقة. ولا يشترط لنفاذ الحوالة في حق

المدين أن يكون تاريخها ثابتاً بشكل رسمي، بل لا يشترط أن يتم هذا القبول في أي شكل خاص. فهو يجوز أن يكون مكتوباً في سند رسمي أو سند عادي أو أن يتم في خطاب شفوي، فشرط إثبات التأريخ مطلوب فقط لنفاذ الحوالة في مواجهة الغير كما سنرى.

وإذا علم المدين بالحوالة بغير طريق الإعلان الرسمي، أو بغير طريق القبول، فإن هذا العلم لا يكفي في ذاته لنفاذ الحوالة في حقه بحسب الأصل. لأن المشرع جعل نفاذ الحوالة متوقفاً على اتخاذ واحد من إجراءين معينين فلا بد من مراعاة ما اشترطه المشرع لنفاذ الحوالة. ومع ذلك إذا علم المدين بالحوالة وقام بعد ذلك بتصرف ينطوي على الغش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل) كأن ـ قام المدين بالوفاء للدائن القديم رغم علمه بالحوالة، وحصل لنفسه مقابل ذلك على تخفيض لقيمة الدين، فإن هذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء.

نفاذ الحوالة بالنسبة للغير: والمقصود بالغير، ليس هو كل شخص أجنبي لا علاقة له بأطراف الحوالة فهذا الشخص لا تعنيه الحوالة ولا يؤثر فيه نفاذها. ولكن المقصود بالغير هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة. ومن هذا القبيل أن يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد، فيصبح كل واحد من هؤلاء في حكم الغير بالنسبة للآخر ومثال ذلك أن يرهن الدائن حقه لشخص ويبيعه لشخص آخر، فيصبح كل من المحال له المشتري، والمحال له المرتهن من الغير بالنسبة للآخر.

تصبح الحوالة نافذة في حق الغير بإعلانها للمدين أو بقبوله لها قبولاً ثابت التأريخ. فإعلان الحوالة بالطريق الرسمي يؤدي إلى نفاذها في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير في نفس الوقت. وقبول المدين للحوالة غير ثابت التأريخ يؤدي إلى نفاذها في مواجهة المدين دون الغير، أما إذا كان تأريخ القبول ثابتاً فإنها تكون نافذة في مواجهة المدين والغير في نفس الوقت.

المبحث الثاني

أحكام حوالة الحق

إذا انعقدت حوالة الحق، فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحال عليه (المدين)، وأخرى تقوم بين المحال له والمحيل، وثالثة تقوم بين المحال عليه والمحيل، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل. وسنبحث هذه العلاقات المتنوعة تباعاً.

١ـ العلاقة بين المحال له والمحال عليه

يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه. المادة (٣٠٦) مدني مصري. وقبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه. أما المحال له فدائنيته للمحال عليه ينقصها النفاذ ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال. فيستطيع المحال له، قبل إعلان الحوالة أو قبولها، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به. ومن ثم يجوز له أن يقطع التقادم، فيعمد إلى مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية. والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة، فهي تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير معاً. ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى تسجيل رهن أو حق امتياز يكفل الحق المحال به، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها. كما يجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد المدين المحال عليه ويتابع إجراءات هذا الحجز.

هذا بالنسبة للمحال له، أما بالنسبة للمحال عليه فإنه إذا علم بالحوالة فعلاً قبل أن تصبح نافذة في حقه بالإعلان أو القبول، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع عن إتيان أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه الإضرار بحقوق المحال له. فليس له أن يوفي الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤ معه. المادة (٢/٣٧٢) مدني عراقي. وليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له تالٍ للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى.

أما بعد إعلان الحوالة أو قبولها فإنها تصبح نافذة في حق المحال عليه، وينتقل بالنسبة إليه الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه وضماناته.

(١) هو ينتقل بكل صفاته، فإن كان حقاً مدنياً أو تجارياً، انتقل بصفته هذه إلى المحال له. وإن كان حقاً قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمي، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً. وإن كان حقاً ينتج فوائد، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد، وهكذا.

(٢) وهو ينتقل بكل توابعه، فتشمل الحوالة ما حل من الفوائد والأقساط التي لم يكن الدائن المحيل قد قبضها بعد.

(٣) وينتقل الحق بكل ضماناته بعد كفالة أو امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر مع ملاحظة أنه إذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني على عقار (كرهن عقاري مثلاً) فإنه يجب قيد الحوالة في السجل العقاري حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير.

(٤) ويعد من توابع الحق المحال به الدعاوي التي تحميه وتؤكده، ومثالها دعوى الفسخ. فإذا حول البائع الثمن، ولم يقم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان لهذا الأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري. فإذا قضى بالفسخ عاد الشيء المبيع إلى المحال له لا المحيل.

وقد تضمنت المادة (٣٦٥) مدني الأحكام السابقة بقولها « ينتقل الحق إلى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد وأقساط» .

الدفوع التي للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له: تنص المادة (٣٦٦) مدني على أن «للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كانت له، عند صيرورة الحوالة نافذة في حقه، أن يحتج بها على المحيل كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال له وحده» . وهذه نتيجة منطقية مترتبة على كون الحق المحال به هو الذي

ينتقل من المحيل إلى المحال له، فينتقل بالدفوع التي عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التي له.

فيستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها. فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة ويصح إذن للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء، أو التجديد أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تالياً له ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها. ويجوز أن يكون الحق المحال به مصدره عقد باطل أو عقد قابل للفسخ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق. فكل هذه دفوع كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل، فيستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له.

ويستطيع المحال عليه كذلك أن يتمسك بالدفوع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته. مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلاً، وهو سند المحال له في الرجوع على المحال عليه، فلهذا أن يدفع ببطلانه إذ يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة.

وقد يكون عقد الحوالة صورياً، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصورتيه، وأن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن لأنه ليس طرفاً في الصورية.

٢ـ العلاقة ما بين المحال له والمحيل

مرّ بنا أن الحوالة إما أن تكون بعوض أو بغير عوض. فإذا كانت بعوض كانت بيعاً وطبقت عليها أحكام البيع، وإذا كانت بغير عوض كانت هبة وطبقت عليها أحكام الهبة.

والبيع ينشئ التزامات متقابلة على كل من البائع والمشتري. وأهم التزامات البائع (المحيل) التزامه بالتسليم والتزامه بالضمان، وأهم التزامات المشتري (المحال له) التزامه

بدفع الثمن. أما في الهبة فالواهب لا يلتزم بالضمان إلا إذا أخفى سبب استحقاق الحق المحال به على المحال له وأصاب هذا الأخير ضرر، فيرجع عليه (المحيل) بالتعويض. وسنرى كلاً من التزام المحيل بالتسليم والتزامه بالضمان تباعاً.

أولاً: التزام المحيل بالتسليم: من توابع انتقال الحق إلى المحال له التزام المحيل بتسليم سند الدين وكل ما يمكنه من إثبات الحق المحال والمطالبة به. وهذا ما تقرره المادة (٣٦٧) مدني بقولها «يجب على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وأن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه» .

ثانياً: التزام المحيل بالضمان: القاعدة أن المحيل لا يلتزم بالضمان إلا إذا كانت الحوالة بعوض. أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا ضمان على المحيل، إذ المتبرع غير ضامن. وقد نصت المادة (٣٦٨) مدني على أنه « ١ـ إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك.

٢ـ أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق. فإذا كانت الحوالة قد وقعت تبرعاً لم يكن المحال له أن يرجع على المحيل سواء تعذر عليه استيفاء الحق بسبب إعسار المدين المحال عليه، أو كان الحق ذاته غير موجود أو غير صحيح.

أما إذا كانت الحوالة بعوض فان الالتزام المحيل بالضمان يكون قائماً. ويجب في هذا الخصوص أن نفرق بين الضمان القانوني والضمان الاتفاقي.

١ـ الضمان القانوني: يقصد بالضمان القانوني الضمان الذي ينظمه القانون عندما يخلو عقد الحوالة من اتفاق ينظم أحكام الضمان. فإذا لم يتفق المحيل والمحال له على شيء في هذا الخصوص لم يكن المحيل إلا ضامناً لوجود الحق وصحته عند الحوالة. فهو يضمن أن الحق كان موجوداً وقت الحوالة، لم ينقض بأي سبب من أسباب الانقضاء. وهو يضمن قبل ذلك أن الحق المحال نشأ صحيحاً.

فإذا كان الحق صحيحاً وموجوداً وقت الحوالة لم يكن المحيل مسئولاً بعد ذلك عما قد يطرأ من أسباب السقوط التي لا ترجع إليه، كسقوط الدين بالتقادم بعد الحوالة.

عند هذا يقف ضمان المحيل. وهو لا يضمن ملاءة المدين أي يساره. فالدائن المحيل لا يضمن للمحال له قدرة المدين على الوفاء.

ويمتد الضمان (ضمان وجود الحق وصحته) إلى التوابع، كالتأمينات الضامنة للحق الحال.

٢ـ **الضمان الاتفاقي**: ولكن المتعاقدين يستطيعان تنظيم الضمان باتفاقهما. فالحكم السابق هو حكم قانوني مكمل لإرادة المتعاقدين فإلى أي حد يستطيع الطرفان تعديله؟

تنص المادة (٣٦٩) مدني على أنه «إذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك». وتضيف المادة (٣٧٠) مدني أنه «إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما أخذه من المحال له مع الفوائد والمصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد أكثر من ذلك» .

ويستفاد من هذين النصين الأحكام التالية:

١ـ يجوز أن يشترط المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين، فيصبح الشرط. ولكن هذا الشرط لا ينصرف إلا إلى ضمان يسار المدين وقت الحوالة. وذلك ما لم يصرح في العقد أن المحيل ضامن يسار المدين حتى اقتضاء المحال له قيمة الحق المحال به.

واشتراط ضمان يسار المدين يؤدي إلى إلزام المحيل بقيمة عوض الحوالة فقط، لا بقيمة الحق المحال به، وذلك في حالة ما إذا لم يستطع المحال له قبضه من المدين. والمحيل

لا يلزم إلا برد ما أخذه من المحال له من الفوائد والمصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضي برد أكثر من ذلك.

٢ـ وإذا كان يصح تشديد الضمان على المحيل كما رأينا، فإنه يجوز تخفيف الضمان من ناحية أخرى أو الإعفاء منه. فيجوز الاتفاق على أن المحيل لا يضمن وجود الحق ولا صحته، فضلاً عن عدم ضمانة يسار المدين. ولكن يستثنى من ذلك مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية. وتنص المادة (٣٧١) مدني على أنه « يضمن المحيل تعديه حتى لو كانت الحوالة بغير عوض وحتى لو اشترط عدم الضمان» .

٣ـ العلاقة ما بين المحال عليه والمحيل

الفترة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها:

يبقى المحيل، قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه بالإعلان أو القبول، هو الدائن للمحال عليه. فيستطيع التصرف بالحق المحال به بكل أنواع التصرفات. فله أن يستوفيه منه، وأن يقضيه بأحد أسباب انقضاء الالتزام. ويستطيع دائنو المحيل الحجز على الحق المحال به. وإذا وفى المحال عليه بالحق إلى المحيل برئت ذمته. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٣٧٢) مدني بقولها « تبرأ ذمة المحال عليه إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بها» .

ولكن إذا كان المحال عليه يعلم بصدور الحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل فإن ذمته لا تبرأ بهذا الوفاء. ذلك أن قيامه بالوفاء للمحيل مع علمه بالحوالة يعتبر تواطؤاً منه مع المحيل على الإضرار بالمحال له. وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٣٧٢) مدني بقولها « ومع ذلك لا تبرأ ذمته بهذا الوفاء إذا أثبت المحال له أنه كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » ، فالوفاء يعتبر في هذه الحالة قائماً على الغش، والغش كما نعلم، يفسد كل شيء[1] .

---

(١) أحكام الالتزام جـ ٢ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم ـ الطبعة الثالثة. ص ٣٧٩ـ ٣٨٠.

الفترة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها:

فإذا ما أعلنت الحوالة أو قبلت، فقد رأينا أنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير. ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه فلا يستطيع مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به، كما لا يعود بإمكان المحال عليه بالوفاء للمحيل، وإذا وفاه لم تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانية للمحال له. كما لا يجوز لدائني المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

٤ـ العلاقة ما بين المحال له والغير

الغير: هو كل من تعلق له حق بالحق المحال به، أو هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة. فيعد من الغير المحال له الثاني والدائن الحاجز على الحق المحال به. والقاعدة أن الحوالة لا تنفذ في حق الغير كما أسلفنا إلا إذا قبلها قبولاً ثابت التأريخ أو أعلن بها.

ولقد واجه المشرع حالة قيام نزاع بين أكثر من محال إليه بنفس الحق وحالة التراع بين المحال له ودائن حاجز على الحق المحال به وذلك على الوجه التالي:

التزاحم بين محال له ومحال له آخر: تنص المادة (٣٧٣) مدني على أنه «إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير». فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة في أية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثاني، فأيهما يقدم على الآخر؟ يقول النص أن الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير هي التي تفضل. فالعبرة إذن عند تزاحم هذين، والمفاضلة بينهما ليست بتأريخ صدور الحوالة، بل بالتأريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه.

التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين: تنص المادة (٣٧٤) مدني على أنه «١ـ إذا حجز الحق وهو في يد المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز

كانت الحوالة بالنسبة للحاجز حجز آخر. ٢- وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا وقع حجز ثان بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة» . ويوحي هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث:

١- التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر: لم يرد في هذه الحالة نص لوضوحها. فالمفروض أن الحوالة قد نفذت في حق الدائن الحاجز قبل تاريخ إعلان الحجز، فانتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز، فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين، فيقع باطلاً لانعدام المحل ومن ثم يتقدم المحال له في هذه الحالة على الدائن الحاجز، ويستولي أولاً على قيمة حوالته.

٢- التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم وتتحقق: هذه الحالة إذا قام أحد دائني المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير. ثم قام بعد ذلك المحال له بإعلان الحوالة إلى المحال عليه بما يجعلها نافذة في مواجهة الغير في هذه الحالة جاء نفاذ الحوالة متأخراً بعد نفاذ الحجز. وقد اعتبر المشرع أن المحال له وهو دائن للمحيل بالضمان في حكم من قام بتوقيع حجز ثان على أساس اعتبار الحوالة ذاتها بمثابة حجز ثان. ونظراً لأن المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وآخر متأخر، فيؤدي ذلك إلى المساواة بين الدائن الحاجز المتقدم وبين المحال له المتأخر وهو الذي اعتبر حاجزاً متأخراً. فإذا لم يكن المال المحجوز عليه كافياً لوفاء حق كل منهما، فإنه يقسم قسمة غرماء كل بقدر قيمة حقه.

٣- التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر - حوالة بين حجزين: نفرض في هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حقه، ثم صارت الحوالة نافذة في حق الغير، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثاني

حجزه. فعندنا إذن حاجز متقدم ثم محال له ثم حاجز متأخر، أي حوالة بين حاجزين. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣١٤) مدني، كما رأينا، في هذا الصدد على أن «الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة» . فإذا فرضنا أن الحق الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هو ٩٠٠، وكان حق الحاجز المتقدم ٣٠٠ وحق المحال له ٣٠٠ وحق الحاجز المتأخر ٦٠٠، فإننا أولاً نقسم الحق وقيمته ٩٠٠ بين الثلاثة قسمة غرماء، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ والحال له ٢٢٥ والحاجز المتأخر ٤٥٠. ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٣٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفي المحال له قيمة الحوالة كلها، فتزول حصة الحاجز المتأخر إلى ٣٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتي: للحاجز المتقدم ٢٢٥، وللمحال له ٣٠٠، وللحاجز المتأخر ٣٧٥. والعلة في هذا الحكم أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم. وأراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفي المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر. فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً (مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجب الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر) إلى هذا الحل التشريعي[١] .

(١) الوجيز في شرح القانون المدني . السنهوري ـ طبعة ١٩٦٦ـ ص ١٠٩٣ـ ١٠٩٤.

الباب الرابع
انقضاء الالـــتزام

تمهيد

الالتزام أو الحق الشخصي مؤقت، فمصيره حتماً إلى زوال، إما بالوفاء أو بغيره. إذ لا يجوز أن يبقى المدين ملزماً إلى الأبد بقيد الالتزام، وإلا كان في هذا تقييد لحريته الشخصية.

وقد تناول القانون المدني العراقي أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام، في المواد من ٣٧٥ ـ ٤٤٣.

ويمكن أن نقسم طرق انقضاء الالتزام إلى أقسام ثلاثة. فهناك أولاً الوفاء وهو يسقط الالتزام بتنفيذه، وهذا هو الطريق العادي لانقضاء الالتزام. ثم هناك ثانياً طرق يسقط بها الالتزام بما يعادل الوفاء. ويدخل في هذه الطرق (١) الوفاء بمقابل. (٢) التجديد وهو يسقط الالتزام بإنشاء التزام جديد يحل محله. (٣) المقاصة، وهي تقضي التزاماً بالتزام يقابله. ويدخل في القسم الثالث الطرق التي ينقضي بها الالتزام بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء. وهذه هي (١) الإبراء وهو نزول عن الحق بدون مقابل. (٢) واستحالة التنفيذ بسبب أجنبي. (٣) التقادم المسقط وهو يقضي الالتزام بمرور الزمن.

ونتناول هذه الأقسام الثلاثة لطرق انقضاء الالتزام في فصول ثلاثة.

الفصل العاشر
الوفاء

التكييف القانوني للوفاء: الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذاً عينياً.

وتعالج بعض التشريعات الوفاء عند الكلام في تنفيذ الالتزام، ومن ذلك التقنينان السويسري والبولوني للالتزامات. على أن القانونين العراقي والمصري جريا على التقليد اللاتيني ـ تناولا أحكام الوفاء بين طرق انقضاء الالتزام.

الوفاء واقعة مختلطة، فهو يجمع بين التنفيذ المادي للالتزام كتسليم مبلغ من النقود أو إقامة بناء أو الامتناع عن المنافسة، وبين الاتفاق على قضاء الدين. والاتفاق تصرف قانوني. ولكن الوفاء، وإن كان واقعة مختلطة، يغلب فيه عنصر التصرف القانوني، ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية. ومن ثم يجري عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية. فلا بد فيه من التراضي، ويشترط في هذا التراضي أن يكون صادراً من ذي أهلية، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه، كذلك يجب أن يكون للوفاء محل وسبب. فمحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به، وسبب الوفاء هو قضاء الدين وهذا هو الباعث الرئيسي لهذا التصرف القانوني.

بعد هذه الكلمة الموجزة على الوفاء وطبيعته نتناول الوفاء في ثلاثة مباحث، نخصص الأول لأطرافه والثاني لمحله والثالث لزمانه ومكانه ونفقاته، وذلك على النحو الذي سار عليه القانون المدني.

المبحث الأول

طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما الموفي ويغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين، والموفى له ويغلب أن يكون هو الدائن وقد يكون غير الدائن. وعليه سنتكلم أولاً في الموفي وثانياً في الموفى له.

١ـ الموفي

من يصح منه الوفاء: ـ تنص المادة (٣٧٥) مدني على أنه « ١ـ يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ويصح وفاؤه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن مع مراعاة ما جاء في المادة (٢٥٠). ٢ـ ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض» .

فالأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء أكانت نيابة قانونية أو اتفاقية كالولي والوصي أو القيم والوكيل. وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلاً أو مديناً متضامناً أو حائزاً لعقار مرهون لضمان هذا الدين، وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء، ولكن يقوم به لرغبته في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه.

والأصل أنه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، فهو ملزم بقبوله إلا في حالتين: الأولى: إذا نص في الاتفاق المنشئ للالتزام أو استوجبت طبيعته أنه يقوم به المدين بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره. المادة (٢٤٩) مدني. كما لو كانت شخصية المدين ملحوظة في الالتزام لكفاءة فنية أو لصفة خاصة فيه. الثانية: إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذلك، واعترض المدين على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن هذا الاعتراض. وفي هذه الحالة يكون الدائن حراً بين قبول

الوفاء من الغير أو رفضه، ولو أنه من الصعب تصور رفض الدائن للوفاء في هذه الحالة.

شروط صحة الوفاء: سواءً كان الموفي هو المدين أم غير المدين فإنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي يوفى به وأهلاً للتصرف فيه. وقد نصت على هذا الحكم المادتان (٣٧٦) و (٣٧٧) مدني. فنصت الأولى على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكاً لما دفعه فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فالدائن الرجوع بدينه على غريمه» . وقضت الثانية على أنه « إذا كان المدين صغيراً مميزاً أو كبيراً معتوهاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى» .

ويتضح من هذين النصين أنه يجب توافر شرطين لصحة الوفاء. أولهما أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي يوفي به لأنه إذا لم يكن مالكاً لهذا الشيء فإن وفاءه به يكون تصرفاً في ملك الغير وهو تصرف موقوف على إجازة المالك، فإذا أجازه نفد وتعتبر الإجازة توكيلاً، وإذا لم يجزه بطل. وللمالك أن يسترد الشيء الموفي به من الدائن بدعوى الاستحقاق، فإذا قام المالك الدعوى على الدائن وأثبت ملكته للشيء الموفي به بالبينة وانتزعه منه كان للدائن الرجوع على الموفي وكذلك الحكم إذا هلك الشيء الموفى به وأخذ المالك بدله، فللدائن الرجوع على المدين أيضاً. وثانيهما أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الذي يوفي به، فإذا كان المدين صغيراً مميزاً أو كبيراً معتوهاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، فإن وفاءه به يكون موقوفاً لنقص الأهلية ويجوز للموفي أن يسترد ما وفاه، لكن المشرع قيد حقه في الاسترداد فمنعه من ذلك إذا كان قد وفى بنفس الشيء المستحق فعلاً وليس بشيء أفضل منه وكان في نفس الوقت ملزماً بهذا الوفاء بأن كان يوفي بدينه الشخصي فلم يلحق الوفاء به ضرراً كما يقرر النص السابق ذكره. أما إذا ألحق الوفاء به ضرراً جاز له التمسك بنقضه بسبب نقص أهليته.

رجوع الموفي على المدين:

إذا كان الموفي هو المدين أو نائبه، فلا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه. وأما إذا وفى الدين غير المدين، سواء كان للموفي مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة، فإنه، ما لم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لا بد فيه من نية واضحة لأن التبرع لا يفترض يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية تتكيف بحسب الظروف. وقد تكون هذه الدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة، إذا وفى الغير الدين بأمر المدين. وقد تكون الدعوى الشخصية هي دعوى الكسب بلا سبب، إذا كان الغير قد وفى الدين بلا أمر المدين وتبين من الظروف أن للموفى مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع وإلا عد الموفي متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه المادة (٢٣٩) مدني.

وقد يكون للموفي إلى جانب الدعوى الشخصية دعوى الحلول فيحل محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه، لا بدين جديد كما يفعل بالدعوى الشخصية. وحلول الموفي محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانوني أو أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقي. وسيكون كلامنا على الوفاء مع الحلول بتناول مصدره أولاً، وحكمه ثانياً، وتكييفه القانوني ثالثاً، وأخيراً مقارنته بحوالة الحق لوجود بعض الشبه بينهما.

أولاً ـ مصدر الحلول

لا يحق للموفي الغير الرجوع بدعوى الحلول في جميع حالات الوفاء، بل لا بد من وجود سبب قانوني للحلول وهذا السبب إما أن يكون هو نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. فالحلول بحسب مصدره إما أن يكون حلولاً قانونياً، أو حلولاً اتفاقياً.

الحلول القانوني: تنص المادة (٣٧٩) مدني على أنه إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع للدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية: ـ

أ- إذا كان ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه.

ب- إذا كان دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع أي تأمين.

ج-إذا كان قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه تسديداً لأحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم.

د- إذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول.

فهناك إذن حالات معينة للحلول القانوني نص عليها القانون وهذه الحالات هي:

١ـ إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو عنه: ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً معه أو مديناً معه في دين لا يقبل الانقسام. ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً له سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً. أو إذا كان حائزاً العقار المرهون في نفس الدين. ففي كل هذه الحالات يكون الموفى ملزماً بوفاء الدين بشكل أو بآخر ويكون قيامه بالوفاء هو تنفيذ لواجب قانوني مفروض عليه، فيكون من الطبيعي أن يشجعه المشرع على الوفاء بإعطائه الحق في الحلول محل الدائن في دعواه قبل المدين.

٢ـ الوفاء دائن متأخر لدائن متقدم: إذا وجد دائنون أصحاب تأمينات عينية كرهن تأميني مثلاً. ودائنون عاديون، فإن الأولين يتقدمون على الآخرين. ومن ناحية أخرى فإن أصحاب التأمينات العينية يتقدم بعضهم على بعض بحسب الأسبقية في تسجيل حقوقهم. فإذا قام أحد الدائنين المتأخرين سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرهناً. ولكنه متأخر في مرتبة رهنه، بوفاء حق دائن آخر صاحب تأمين عيني متقدم في المرتبة، فإن الدائن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه في رجوعه على المدين.

٣ـ وفاء الحائز للدين المضمون بالعقار: الحائز للعقار المرهون هو بحسب الأصل الشخص الذي يشتري عقاراً مرهوناً لضمان دين من الديون. والعقار تنتقل ملكيته

إلى المشتري مثقلاً بالرهن. ومن مصلحة المشتري بطبيعة الحال أن يخلص له العقار خالياً من كل رهن. ولذلك إذا قام الحائز بدفع الثمن لا للبائع ولكن للدائن المرتهن للعقار الذي اشتراه، فإنه يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، ويحل محله بصفة خاصة في الرهن الضامن لهذا الحق، فيصبح دائناً مرتهناً للعقار الذي تملكه بالشراء. وينقضي الرهن باتحاد الذمة، أو يظل قائماً لمصلحة المالك الجديد إذا كانت هناك رهون أخرى أقل في المرتبة من هذا الرهن بالذات.

والحائز في المثال السابق يكون ملزماً بوفاء الدين عن المدين في حدود المبلغ الذي في ذمته بسبب شراء العقار، وهو في جميع الأحوال مسؤول مسؤولية عينية عن وفاء الدين المضمون بالرهن. فيكون تشجيعه على الوفاء للدائن عن طريق إحلاله محله، أمراً مرغوباً فيه وذلك تحقيقاً لمصلحة الدائن ومصلحة الحائز ومصلحة المدين أيضاً.

٤ـ الحالات الأخرى المنصوص عليها في القانون: في غير الحالات السابق ذكرها فإن القانون يضع نصوصاً كثيرة يقرر فيها حلول الموفى في محل الدائن الذي استوفى حقه ومن هذا القبيل نص المادة (١٠٠١) مدني والتي جاء فيها «يحل المؤمن قانوناً محل المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن وتبرأ ذمة المؤمن قبل المستفيد من كل التعويض أو بعضه إذا أصبح هذا الحلول متعذراً لسبب راجع إلى المستفيد» .

الحلول الاتفاقي: يتحقق الحلول الاتفاقي إما باتفاق الموفي مع الدائن وإما باتفاقه مع المدين.

١ـ الحلول بالاتفاق مع الدائن: يستطيع الدائن أن يقبل الوفاء من غير المدين ويتفق مع الموفي على أن يحل محله في حقوقه، وذلك دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين وبدون تدخله.

وقد نص القانون المدني على الوفاء مع الحلول بإرادة الدائن في المادة (١/٣٨٠) وهي تقرر أنه «للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك. ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تأريخها عن وقت الوفاء» .

يتضح من هذا النص أنه ينبغي لتمام الحلول بإرادة الدائن أن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية أولاً، وأن يتأخر تأريخ هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، ثانياً. والحكمة في اشتراط حصول الاتفاق على الحلول وقت الوفاء أن الوفاء إذا تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليها انقضاء حق الدائن، فلا يستطيع أن يحل الغير فيه بعد ذلك. ويغلب أن تحتوي المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الموفي على الحلول. وفي هذه الحالة لا تكون المخالصة حجة على الغير في تأريخها إلا منذ أن يصبح لها تأريخ ثابت.

٢ـ الحلول بالاتفاق مع المدين: يقع الحلول بالاتفاق مع المدين حيث يتفق المدين مع الغير على أن يقرضه مبلغاً من المال ليوفي به دين الدائن، ويحله محل هذا في حقوقه. وهكذا يسهل على المدين أن يجد النقود اللازمة للوفاء. وعن طريق الحلول بإرادة المدين يستطيع هذا أن يستبدل بالدين الحال ديناً مؤجلاً، أو ديناً بفوائد أقل من الدين الأصلي وبشروط أفضل على وجه العموم.

وقد نص القانون المدني على هذه الحالة من حالات الحلول في المادة (٢/٣٨٠) وهي تقرر أنه « وللمدين أيضاً إذا افترض مالاً سد به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن على أن يكون الاتفاق على الحلول بورقة رسمية وأن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي مخالصة التسديد أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه من الدائن الجديد» .

ولا يخفى ما قد ينطوي عليه الحلول بإرادة المدين من مخاطر التواطؤ والغش للإضرار بسائر دائنيه. فحيثما يكون للمدين عدة دائنين مرتهنين على عقار واحد.

يكون التزاحم بينهم كما هو معروف بتأريخ قيد رهونهم. وقد يلجأ المدين إلى وفاء أسبقهم، ثم يقوم بإحلال آخرهم محله فيسبق الباقين جميعاً. لذلك تشدد القانون في الشروط التي يتم بها الحلول بإرادة المدين ويمكن حصر هذه الشروط فيما يأتي:

١- أن يكون عقد القرض بورقة رسمية.

٢- أن يذكر في عقد القرض أن المال المقترض إنما هو مخصص لوفاء دين الدائن الذي يريد المقرض أن يحل محله في حقوقه.

٣- أن يذكر في المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد، وأن تكون المخالصة ثابتة التأريخ.

فإذا توافرت هذه الشروط استطاع المدين أن يحل المقرض محل دائنه في حقوقه وبدون حاجة إلى رضاء هذا الأخير.

ثانياً ـ حكم الوفاء مع الحلول

تنص المادة (٣٨١) مدني على أنه «من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن» .

فيحل الموفى محل الدائن في نفس حقه بما لهذا الحق من خصائص، فإذا كان حقاً تجارياً أو حقاً يسقط بالتقادم في مدة قصيرة أو حقاً ثابتاً في سند قابل للتنفيذ، حل الموفى في الحق على هذه الصفات.

ويحل الموفى محل الدائن في الحق بما يلحقه من توابع، فإذا كان حقاً ينتج فوائد أو حقاً مقترناً بدعوى فسخ أو بحق في الحبس، حل الموفى في الحق وفي هذه التوابع.

ويحل الموفى محل الدائن في الحق بما يكفله من تأمينات، فإذا كان حقاً مضموناً بتأمينات عينية أو بكفيل شخصي أو بتضامن، حل الموفى في الحق وفي هذه التأمينات دون حاجة إلى رضاء الكفيل.

ويحل الموفى محل الدائن في الحق بما يرد عليه من دفوع، فإذا كان حقاً مصدره عقد باطل أو كان حقاً انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك تجاه الموفي كما كان يفعل تجاه الدائن.

ما يرد على حلول الموفي محل الدائن من قيود: على أنه ترد على مبدأ حلول الموفي محل الدائن بعض القيود التي نلخصها فيما يأتي:

(١) إذا وفى الموفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمة الدين (والمفروض أن الدائن ارتضى هذا الوفاء سبباً لانقضاء الدين) فإنه يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن، لا بمقدار الدين الأصلي. ذلك أن الموفى بعيد عن المضاربة. وهو في هذا يختلف عن المحال بالحق أي الذي يشتري الدين من الدائن. فهذا الأخير إنما يفعل ذلك في الغالب مضاربة، ولذلك فهو يحل محل الدائن في مطالبة المدين بالحق كاملاً.

(٢) إذا كان الموفي ملتزماً مع غيره، وأوفى بكل الدين، فلا يكون له رجوع على الملتزمين معه إلا بعد خصم نصيبه في الدين، ثم هو من ناحية أخرى لا يرجع على كل منهم، إلا بقدر حصته في الدين. ويصدق ذلك على المدين المتضامن والمدين مع غيره بدين غير قابل للانقسام.

(٣) إذا أوفى الموفي بجزء من الدين، وبقي للدائن جزء من دينه، فقد نصت المادة (٣٨٢) مدني على أنه

«١- إذا وفى غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

٢- وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسماً قسمة الغرماء» .

ومعنى هذا أن الدائن الذي استوفى جزءاً من دينه يتقدم على من وفاه في استيفاء الباقي له من الدين، فلا يزاحمه الموفي في اقتضاء ما أوفى به.

وهذا الحكم تطبيق لقاعدة رومانية تقول « لا يفترض أن أحداً أحل غيره محله ضد نفسه فمثلاً إذا كان الدين عشرة آلاف وقام الموفي بوفاء نصفه للدائن، فإذا كان العقار الضامن للدين لم يبع إلا بثمانية آلاف فقط، فإن الدائن الأصلي يقبض خمسة آلاف ولا يقبض الموفي إلا ثلاثة فقط.

وتفسر هذه القاعدة بأنها متفقة مع قصد الدائن الذي لم يقبل الوفاء الجزئي إلا على أساس أن يتقدم على الموفي. وهي على كل حال قاعدة مكملة يجوز استبعاد حكمها باتفاق مخالف. فقد يتفق الموفي مع الدائن على أن يتقدم عليه. ومثل هذا الاتفاق كثير الحدوث، إذ غالباً ما لا يقبل الغير الوفاء بدين المدين إلا على شرط أن تكون له الأولوية ونلاحظ أن مزية التقدم المنصوص عليها المادة (٢/٣٨٢) مدني لا تنتقل من الدائن إلى من يوفي للدائن بما بقي من دينه. وعندئذ يشترك الموفي الأول والموفي الثاني معاً في الحلول محل الدائن ويقسمان مال المدين قسمة غرماء المادة (٢/٣٨٢) مدني.

هذه هي القاعدة في القانون المدني العراقي (وفي القانون المدني المصري والفرنسي) ومنها يتضح أن الحلول محل الدائن لا يكون كاملاً في حالة الوفاء الجزئي» [١].

٣ـ التكييف القانوني للحلول

الوفاء مع الحلول عملية مركبة فهي أولاً وفاء للحق بالنسبة للدائن، إذ الدائن يستوفي حقه من الموفي فينقضي هذا الحق بالنسبة إليه. ثم هي انتقال للحق بالنسبة إلى المدين، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه فلا ينقضي الدين بالنسبة إليه، بل المدين ليس هو الذي قام بالوفاء، يبقى الحق في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي،

---

(١) وهذه القاعدة لا تطبق إلا حيث يرجع الموفي على المدين بدعوى الحلول. أما إذا رجع بدعواه الشخصية فأنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه، إلا إذا كان له سبب خاص للتفضيل حسب القواعد العامة.

هو ذلك الموفي الذي ما وفي الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلي فيه.

ولما كان الوفاء مع الحلول، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفي، يقترب كثيراً من حوالة الحق، فيحسن هنا إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتقاربين حتى يتبين في وضوح أنهما نظامان يتميز أحدهما عن الآخر.

رابعاً: مقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

هناك فروق من حيث الغرض الذي يهدف إليه كل من النظامين (الوفاء مع الحلول وحوالة الحق)، وفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاذ وفروق من حيث الآثار أي الأحكام.

(١) **من حيث الغرض الذي يهدف إليه كل من المتضامنين:** فحوالة الحق تفترض في الغالب أن هناك شخصاً يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته، إما لأن الحق مؤجل و لم يحل أجله بعد، وإما لأن استيفاء الحق تقوم في سبيله عقبات أو صعوبات. ولذلك فيغلب أن يكون المحال إليه مضارباً أو مستثمراً، يشتري الحق بمبلغ أقل من قيمته ثم يرجع على المدين بقيمة الدين كاملاً.

أما في الوفاء مع الحلول فإن الغالب أن يكون الموفي قد دخل بدافع إسداء خدمة إلى المدين، فهو يتدخل عند حلول الأجل ومطالبة الدائن له ليأخذ بيده وينقذه من خطر التنفيذ عليه، فيقوم بالوفاء عنه، ثم هو لا يعود عليه في الغالب إلا عند الميسرة. ولذلك فهو لا يرجع على الموفي إلا بمقدار ما أوفى فقط لا بقيمة الدين كاملة. فالموفي عن الغير لا يتدخل بقصد المضاربة.

(٢) **من حيث شروط الانعقاد والنفاذ:** رأينا أن الحوالة تنعقد باتفاق الدائن والمحال له، فرضاء الدائن إذن شرط لانعقادها، بدونه لا تنعقد. أما الوفاء مع الحلول فينتقل إلى الموفي لأنه هو الذي وفى الحق في مقابل أن يحل محل الدائن فيه. ووجه الدقة في هذه العملية أن هناك وفاء للحق، ولكن لم يقم به المدين. فمن حيث أن هناك وفاء بالحق، ينقضي الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن. ومن حيث أن الحلول فقد

يتم باتفاق الدائن والموفي، وقد يتم أيضاً بدون رضاء الدائن، بإرادة المدين نفسه أو بمقتضى حكم القانون. ومن ناحية النفاذ، رأينا أن حوالة الحق لا تنفذ في حق المدين والغير إلا برضاء المدين أو إعلانه، أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ في حق المدين وحق الغير دون إجراء ما.

(٣) **من حيث الآثار**: ليس للمحال له إلا دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي انتقل إليه، أما الموفي مع الحلول فله هذه الدعوى والدعوى الشخصية فإذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفي والمحال له فإن هناك فروقاً هامة بين الاثنين، ترجع في أساسها إلى أن الموفي صديق يسدي يداً لا يقصد من ورائها كسباً، أما المحال له فمضارب يبغي الكسب. ونذكر من هذه الفروق ما يأتي:

أولاً: يرجع الموفي على المدين بمقدار ما دفع وفاء للدين فلو دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل. أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته ـ ويقع ذلك غالباً ـ فإنه يرجع على المدين بكل الحق، إذ هو مضارب يبغي الكسب كما قدمنا.

ثانياً: إذا قام الموفى بوفاء الدين، ثم أثبت أن الدين غير موجود كأن كان باطلاً أو كان قد انقضى، فإن الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان إذ أن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه وإنما يرجع عليه بدعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه من وفاء الدين. أما إذا رجع المحال على المدين بالحق المحال به وتبين أنه الحق غير موجود، فإن المحال له يرجع بالضمان على الدائن فيسترد قيمة الحق كلها.

ثالثاً: إذا قام الموفي بوفاء الدين وفاءً جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه في مال المدين فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً، ثم يأخذ الموفى ما بقي بعد ذلك وقد لا يكون كافياً الوفاء بما دفع. أما المحال له فإذا كان

قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين، فإن الدائن لا يتقدم عليه بل يقسمان مال المدين بينهما قسمة الغرماء.

٢ـ الموفى لــــه:

لكي يكون الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة يجب أن يتم للدائن أو نائبه. وقد يتم الوفاء لا للدائن ولا لنائبه، أي لشخص لا صفة له في استيفاء الدين، ومع ذلك يكون صحيحاً مبرئاً لذمة المدين. وقد يتعذر الوفاء للدائن، وفي هذه الحالة يستطيع المدين القيام بالعرض والإيداع.

هذه ثلاث مسائل تتطلب منا البحث، نرى كلاً منها تباعاً:

١ـ الوفاء للدائن أو نائبه: الأصل أن يكون الوفاء للدائن، لأنه هو الذي له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه. وقد يتغير الدائن في الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه، كأن يموت الدائن الأصلي فيكون الوفاء لورثته، أو يحول الدائن الأصلي حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير فالوفاء يكون إذن للدائن أو خلفه، عاماً كان هذا الخلف كالورثة، أو خاصاً كالمحال له[١].

ويجب، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين[٢] فإذا كان قاصراً أو محجوراً لم يجز دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم. أما الوفاء له شخصياً فلا يكون صحيحاً ولا مبرئاً لذمة المدين من الدين. ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلاً للاستيفاء، بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر وأجاز الوفاء. وكذلك إذا أصاب الدائن الذي لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء، فإن الوفاء يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة. والموفى هو المكلف بإثبات المنفعة التي عادت على الدائن، ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن حصول المنفعة واقعة مادية.

---

(١) الوجيز ـ السنهوري ص ١١٤٠.

(٢) ولما كان الوفاء ينهي الدين فإنه يعتبر عملاً من أعمال التصرف وعلى هذا لا يستطيع الصغير والمحجور عليه استيفاء ما قد يكون لهما من ديون دون إذن الولي أو المقيم.

وقد اشتملت المادة (٣٨٣) على الأحكام السابقة فنصت على أنه «١ـ يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور فإن كان محجوراً فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم. ٢ـ فإن دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيم مطالبة المدين بالدين».

وكما يصح الوفاء للدائن يصح الوفاء لمن ينوب عنه وكيلاً كان أو وصياً أو قيماً أو ولياً.

٢ـ الوفاء لغير الدائن: وإذا حصل الوفاء لغير الدائن أو نائبه فلا يكون مبرئاً لذمة المدين إلا إذا أجازه الدائن لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. أو عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة تطبيقاً لقاعدة الكسب بلا سبب.

وعلى أن الوفاء يكون مبرئاً للذمة إذا كان حاصلاً لحائز الحق أو للدائن الظاهر أي للشخص الذي يعتبر في نظر الكافة أنه الدائن وهو ليس كذلك في الواقع.

ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر شرطان:

١ـ أن يكون الدائن الظاهر حائزاً للحق الذي يستوفيه دون أن يكون هذا الحق له كالوارث الظاهر والموصى له ثم يتبين أن الوصية باطلة، أو المحال له ثم يتضح فيما بعد بطلان الحوالة.

٢ـ أن يكون المدين قد قام بالوفاء عن حسن نية أي معتقداً أن الدائن الظاهر هو صاحب الحق فعلاً.

والوفاء للدائن الظاهر يعد صحيحاً وذلك لكفالة استقرار التعامل وحماية لحسن النية وغني عن البيان أن للدائن الحقيقي حق الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الإثراء إن كان حسن النية كما له حق الرجوع عليه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إن كان سيئ النية.

وقد تضمنت المادة (٣٨٤) مدني الأحكام السابقة فنصت على أنه إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم

الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر.

٣ـ العرض والإيداع: قد يمتنع الدائن عن قبول الوفاء. ولأول وهلة يبدو هذا أمراً بعيد التصور ولكن قد يرى الدائن أنه يستحق أكثر مما يعرضه المدين عليه، أو أنه يستحق شيئاً آخر غير ما يقدمه المدين. ومن ناحية أخرى فقد تكون للمدين مصلحة في أن يبرئ ذمته بأسرع ما يمكن. فالدين قد يكون منتجاً فوائده، وقد يريد التخلص من الالتزام بالمحافظة على الشيء وتحمل تبعة هلاكه. وللتغلب على امتناع الدائن نظم المشرع إجراءات «العرض والإيداع» فتنص المادة (٣٨٥) مدني على أنه. ١ـ إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار. ٢ـ ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنذره بهذا الإيداع.

وقد بين المشرع بعد ذلك الإجراءات التي يجب على المدين أن يتبعها لكي تبرأ ذمته (المواد من ٣٨٦ إلى ٣٨٩) مدني. وتكمل هذه النصوص بالرجوع إلى نصوص قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المواد من ٢٧٧ إلى ٢٨٥).

وبمراجعة النصوص السابقة يتضح أن القانون قد رسم للمدين إجراءات معينة للتغلب على عنت الدائن الذي لا يقبل الوفاء. وهذه الإجراءات تبدأ أولاً بالإعذار ثم يتلوه العرض الفعلي ثم الإيداع ثم تختتم بقبول الإيداع أو استصدار حكم بصحته. ونحن نبحثها على التوالي.

أعذار المدين للدائن: لتعنت الدائن ثلاث صور: فهو قد يرفض قبول الوفاء المعروض عليه من جانب المدين، وقد يعلن أنه لن يقبل الوفاء، وأخيراً قد يرفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين ورفض الدائن أن يسعى إليه في هذا الوطن. وفي هذه الحالات الثلاث يحق للمدين

وفقاً للمادة (٣٨٥) مدني أن يعذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار الذي يوجهه إليه بواسطة الكاتب العدل. ويجب أن يكون الإنذار متضمناً استعداد المدين للوفاء بكل الدين وملحقاته وأن يتم ذلك عند حلول أجل الوفاء بالدين.

أما إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء، أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص فلا يكون هناك محل لإعذار الدائن بل يلجأ المدين إلى الإجراء الثاني مباشرة وهو العرض ثم الإيداع بعد ذلك.

ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء المدة المحددة في الإنذار، وتبليغ الدائن من قبل المحكمة بالإيداع خلال ثلاثة أيام. المادة (٢/٣٨٥) مدني والمادة (٢٨١) مرافعات مدنية.

وإذا تم هذا الإعذار على الوجه الذي بيناه ترتبت عليه الآثار الآتية:

١- وقف سريان الفوائد إذا كان الدين ينتج فوائد، سواء كانت اتفاقية أو قانونية.

٢- للمدين حق مطالبة الدائن بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب رفض الدائن قبول الوفاء.

٣- انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن. فإذا كانت تبعة هلاك الشيء على المدين كما هو الحال في العقود الملزمة للجانبين ثم أعذر المدين الدائن بعد رفضه تسلم الشيء، وهلك الشيء بعد ذلك بقوة قاهرة، انتقلت تبعة الهلاك إلى الدائن.

العرض: لا يترتب على إعذار المدين للدائن براءة ذمته من الالتزام. بل عليه لترتيب هذا الأثر أن يباشر إجراءات العرض ثم الإيداع وذلك وفقاً للإجراءات التي رسمها قانون المرافعات. ويكون العرض بأن يعرض المدين على الدائن ما التزم بأدائه من نقود أو منقولات بواسطة الكاتب العدل فيخبر الكاتب العدل الدائن بالعرض الواقع ويطلب إليه الحضور في الزمان والمكان المعينين للتسلم. وعلى كاتب العدل أو من ينيبه مصاحبة المدين في الوقت المعين إلى مكان عرض المنقول إذا كان خارج

دائرته. ويريدون محضراً بالشيء المعروض ومقداره ووصفه وقبول الدائن تسلمه أو امتناعه عن التسلم ويوقع على هذا المحضر كما يوقعه الدائن والمدين وتعطى صورة من المحضر لكل من الدائن والمدين ويحتفظ الكاتب العدل بالأصل. المادة (٢٧٧) مرافعات.

ويجوز العرض الفعلي في المرافعة أما المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً، وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها صندوق المحكمة ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت في محضر الجلسة من تقريرات الخصوم خاصاً بالعرض ورفضه. المادة (٢٧٨) مرافعات.

الإيداع: إذا رفض الدائن العرض وكان المعروض نقوداً فللمدين أن يودعها في صندوق المحكمة، أما إذا كان المعروض منقولاً تعين المحكمة أو كاتب العدل على حسب الأحوال مكان الإيداع وشروطه وشخصاً عدلاً لتضعه تحت يده. وإذا كان المعروض عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب من المحكمة وضعه تحت يد عدل. ويقوم وضعه تحت يد هذا العدل مقام الإيداع. المادة (٢٧٩) مرافعات. أما إذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه فإنه يجوز للمدين بعد استئذان المحكمة أو دون استئذان عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في الأسواق فإن تعذر ذلك فبالمزاد العلني ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه. المادة (٢/٣٨٧) مدني.

وإذا تم الإيداع فعلى المحكمة أن تبلغ الدائن به خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله المادة (٢٨١) مرافعات. وللدائن أن يعترض على صحة العرض أو الإيداع خلال ثلاثة أيام من تبليغه بكل منهما. وبعد سكوته عن الاعتراض قبولاً لهما المادة (٢٨٢) مرافعات.

قبول الدائن العرض أو صدور حكم بصحته: قد يعود الدائن إلى قبول العرض بعد أن كان قد سبق ورفضه وتم الإيداع بناء على هذا الرفض. ويعتبر قبوله العرض عندئذ مبرئاً ذمة المدين. وقد يصر على الرفض، وعندئذ أيضاً ـ دون أن ينتظر رفع

المدين هذه الدعوى ـ أن يبادر هو ويرفع الدعوى ببطلان العرض والإيداع. المادة (٢٨٣) مرافعات.

فإذا قبل الدائن العرض أو قضت المحكمة بصحة العرض والإيداع برئت ذمة المدين من يوم العرض. المادة (٢/٢٨٣) مرافعات، المادة (١/٣٨٦) مدني. وجدير بالذكر أنه يجوز للمدين أن يرجع في عرضه وأن يسترد الشيء ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته. وإذا رجع المدين في العرض واسترد الشيء المودع فإنه يظل مديناً بالدين ولا تبرأ ذمته أو ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين. المادة (١/٣٧٩) مدني.

أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته، وقبل الدائن منه هذا الرجوع، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء من الدين وذمة الضامنين كذلك. المادة (٢/٣٨٩) مدني.

المبحث الثاني
محل الوفاء

لا تبرأ ذمة المدين بالوفاء إلا إذا أوفى بالمحل ذاته لا بشيء آخر، وبه كله لا بعضه، وقد يحدث أن تكون في ذمة المدين لذات الدائن عدة ديون من نوع واحد، فيوفى بقدر منها لا يكفي للوفاء بها جميعاً، فتثور عندئذ مسألة أي الديون يجري الخصم منها وهذه مشكلة خصم المدفوعات وهذه مسائل ثلاث نبحثها تباعاً:

أولاً: الوفاء بنفس الشيء المستحق: تنص المادة (٣٩٠) مدني على أنه.

١ـ إذا كان الدين مما يتعين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً منه بدون رضاء الدائن حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق وكانت له قيمة أعلى. ٢ـ أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن.

فالمدين ملزم بأن يوفي بذات الشيء المستحق أي بمحل الالتزام نفسه ولا تثور صعوبة بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية، إذ أن القانون يحدد عندئذ ما يجب على المدين أداؤه. فالالتزامات الناشئة من الفعل الضار مثلا محلها تعويض الضرر.

ولكن تثور الصعوبة في بعض الأحيان حيث يكون مصدر الالتزام هو العقد، فقد لا يحدد العقد على وجه الدقة الأداء الذي يتعهد به المدين ويجب أن يطبق هنا القاعدة العامة: فالعقد لا يلزم فقط بما ورد فيه، ولكن أيضاً بما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعدالة والعرف بحسب طبيعة الالتزام، المادة (١٥٠) مدني.

فإذا كان الالتزام التزاماً بعمل، وجب أن تحدد مضمونه على ضوء طبيعته: هل هو التزام بوسيلة أي مضمونه بذل عناية أو هو التزام بتحقيق نتيجة. وعلى هذا الضوء يتحدد ما يجب على المدين أداؤه.

وتثور الصعوبة في بعض الأحيان بشأن الالتزام بالإعطاء (أي بنقل الملكية) أو (الحق العيني). إذ يجب عندئذ تحديد الشيء الواجب إعطاؤه. فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات كسيارة معينة أو دار أو أرض، فليس للمدين أن يدفع غيره ولو كان البدل مساوياً في القيمة. وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يتم الوفاء بشيء آخر. وهذا هو الوفاء بمقابل. وللوفاء بمقابل أحكامه الخاصة التي سنراها فيما بعد. فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع فقط أي من المثليات، كذا طناً من القمح، فإن لم تعين درجة الشيء من حيث جودته، ولم يكن استخلاص ذلك من ظروف الحال أو العرف، التزام المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

وإذا كان محل الالتزام نقوداً، فلا يجوز الوفاء ـ دون رضاء الدائن ـ بشيك حوالة بريد أو بغير ذلك من الأوراق المالية أو التجارية (أسهم وسندات مثلاً)[1]. وإذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع

---

(١) وقبول الشيك لا يعني تمام الوفاء إلا بقبض قيمته فعلاً. وكذلك الحال لو قبل الدائن حوالة بريدية فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها، ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهي في طريقها إلى الدائن.

قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أثر. وحيثما يفرض السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت (العملة الورقية) لا يجوز اشتراط الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب. وهذا ما يسمى بشرط الذهب.

ثانياً: الوفاء بكل الشيء المستحق: تنص المادة (٣٩٢) مدني على أنه «إذا كان حالاً فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض» . وهذا هو مبدأ عدم تجزئة الوفاء، وهو يقضي بأن الوفاء لا يتجزأ حتى لو كان الدين بطبيعته قابلاً للتجزئة، بمعنى أنه يحق للدائن دائماً أن يتمتع عن قبول جزء من الدين ويتمسك بوفاء الدين جميعه. وتطبق هذه القاعدة بالنسبة للفوائد وأصل الدين معاً. فإذا كان أصل الدين والفوائد مستحقة جميعاً كان للدائن أن يرفض قبول الفوائد دون أصل.

ولا يقوم هذا المبدأ إلا بالنسبة للدين الواحد، فإذا تعددت الديون في ذمة المدين للدائن، وأراد المدين أن يوفي أحدها فقط، فليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء ويتمسك بالوفاء بها جميعاً، بل عليه أن يقبل الوفاء بهذا الدين ثم يطالب المدين بباقي الديون.

على أنه ترد على مبدأ عدم تجزئة الوفاء الاستثناءات الآتية:

(١) يجوز الخروج على هذا المبدأ بالاتفاق بين الدائن والمدين على تجزئة الوفاء. وقد يقع هذا الاتفاق قبل الوفاء كما لو اشترط تقسيط الدين، وقد يكون الاتفاق وقت الوفاء، كما لو أوفى المدين بجزء من الدين وقبله منه الدائن.

(٢) وعندما تجري المقاصة بين دينين متقابلين بين دائن ومدين فإن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما، وهذا يعني أن الدين الأكبر سيسقط جزء منه بالمقاصة رغم إرادة الدائن، ويبقى باقي الدين في ذمة المدين.

(٣) ونظرة الميسرة، أي الأجل القضائي، تجيز للقاضي منح الدين الحسن النية أجالاً متعدد يقسط فيها الوفاء.

(٤) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم جاز لأي منهم، إذا طالبه الدائن بالوفاء، أن يدفع بتجزئة الدين فلا يوفي إلا بجزء منه ويتحمل سائر الكفلاء نصيبهم. المادة (١٠٢٤) مدني.

ثالثاً: تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون: قد يكون الشخص مديناً بعدة ديون من جنس واحد ولدائن واحد، كثمن مبيع وبدل إيجار وقرض وتعويض عن ضرر، إلخ.. ويوفي بما لا يكفي لسدادها جميعاً، وقد يكون مديناً بدين واحد تتبعه مصروفات وفوائد ويؤدي للدائن ما لا يفي بالدين مع هذه الملحقات، فمن أي من هذه الديون يخصم ما أداه المدين؟ يقال لهذه المسألة «احتساب الخصم» . ولمعرفة الدين الذي يخصم منه ما أداه المدين أهمية بالغة لاختلاف الديون في قوتها، ولأن بعضها قد يكون منتجاً لفوائد وبعضها الآخر بدون فائدة. وقد ميز القانون المدني العراقي في هذا الصدد بين حالتين: حالة ما إذا كان هناك ديون متعددة، وحالة ما إذا كان هناك دين واحد ولكن تتبعه ملحقات. ونرى كلاً من ذلك على حدة.

١ـ تعدد الديون: تقضي الفقرة الأولى من المادة (٣٩٣) مدني بأنه «إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولاً بكفالة أو برهن، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في جهة الدين يعتبر قول المدين في تعيين جهة الدفع» . ومعنى هذا النص أنه إذا كان في ذمة الدين أكثر من دين ولم تكن هذه الديون في درجة واحدة من القوة، ووفي المدين بما لا يكفي للوفاء بها جميعاً، فإن اتفق الطرفان على احتساب الخصم كان اتفاقهما ملزماً، وإن اختلفا اعتبر قول المدين في تعيين الدين الذي يحتسب منه الخصم.

٢ـ دين واحد تتبعه ملحقات: وإذا لم يكن على المدين إلا دين واحد، ولكن معه مصروفات وفوائد وكان ما أداه للدائن لا يكفي للوفاء بالدين مع المصروفات للفوائد ولم يتفق مع الدائن على الجهة التي يحصل الخصم منها، فالخصم يكون من المصروفات

أولاً، ثم من الفوائد، ثم من أصل الدين. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٩٣) مدني بقولها «إذا كان المدين ملزماً بأن يعوض مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين. كل هذا ما لم يتفق على غيره»[1].

المبحث الثالث

زمان الوفاء ومكان الوفاء ونفقاته

أولاً ـ زمان الوفاء

تنص المادة (٣٩٤) مدني على أنه « ١ــ إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله. ٢ــ فإذا لم يكن الدين مؤجلاً أو حل أجله، وجب دفعه فوراً. ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص من القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم» فالأصل إذن أنه متى ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، فإنه يكون واجب الأداء فوراً. ففي عقد البيع يترتب في ذمة المشتري التزام يدفع الثمن، ويترتب في ذمة البائع التزام بتسليم المبيع وكلا الالتزامين بمجرد ترتبه نهائياً في ذمة المدين يكون واجب الأداء في الحال، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

وقد يتفق المتعاقدان على أجل واقف للالتزام، فلا يكون الالتزام واجب إلا إذا انقضى هذا الأجل. وقد ينص القانون على ميعاد استحقاق الالتزام، كما فعل في ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية إذا حدده بوقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد. المادة (١٧١) مدني.

وقد يقوم القاضي نفسه بتحديد هذا الميعاد إذا أعطى المدين أجلاً أو آجالاً يفي فيها بالدين، وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٩٤)

---

(١) أحكام الالتزام ـ ج ـ٢ ـ د. عبد المجيد الحكيم ص ٤٤٥ـ ٤٤٦.

مدني في هذا الخصوص على ما يأتي: «ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم» ، ويبين من هذا النص أن هناك شروطاً أربعة لمنح نظرة الميسرة.

١ـ أن تكون ظروف المدين تبرر هذا التمييز، بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء وأن يكون لديه مال يكفي للوفاء بالدين إذا أجل القاضي ميعاد الوفاء أو قسط عليه الدين، أما إذا كان المدين سيئ النية أو كان معسراً فلا يكون هناك مجال للتيسير عليه.

٢ـ ألا يترتب على تأجيل الدين ضرر جسيم للدائن إذ لا يجوز التيسير للمدين على حساب الإضرار البالغ بالدائن.

٣ـ ألا يكون هناك مانع قانوني لنظرة الميسرة. ٤ـ ويجب أخيراً أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي أجلاً معقولاً من شأنه أن يحفز المدين على الوفاء ويساعده على ذلك وهو ما يرجع إلى تقدير القاضي. ويلاحظ أن الحكم بنظرة الميسرة هو أمر جوازي للقاضي يدخل في سلطته التقديرية. ويترتب على نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف من آثار. وبصفة خاصة لا يجوز تنفيذ الالتزام جبراً قبل حلول الأجل الذي عينه القاضي.

الوفاء قبل حلول الأجل: وإذا كان الأجل قد تقرر لمصلحة المدين ففي استطاعته الوفاء قبل حلول الأجل، وليس للدائن أن يعترض على ذلك. فإذا اشترى شخص شيئاً بثمن مؤجل وأراد الوفاء قبل حلول الأجل فله ذلك، ولا يستطيع الدائن أن يرفض قبول هذا الوفاء بحجة عدم حلول الأجل. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (٣٩٥) مدني بقولها «إذا كان الدين مؤجلاً فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل متمحضاً لمصلحته، ويجبر الدائن على القبول» .

فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان. (٢/٣٩٥) مدني.

ثانياً ـ مكان الوفاء

تحديد مكان الوفاء بالالتزام من المسائل الهامة من الناحية العملية. لأن المدين لا يعتبر متأخراً في الوفاء بالالتزام إلا إذا رفض القيام بذلك في نفس المكان المعين للوفاء. والأصل أن يحدد المتعاقدان مكان الوفاء وقد يكون هذا المكان هو موطن المدين أو موطن الدائن أو مكان وجود العقار محل الالتزام، أو المكان الذي يصرف منه الدائن حوالة بريدية أو شيكاً على أحد البنوك أو أن يكون لهذا المكان هو مكتب أحد المحامين.. الخ. فإذا لم يوجد اتفاق من هذا القبيل فقد تكفل القانون بتحديد مكان الوفاء ويختلف الحكم بحسب نوع محل الالتزام.

١ـ فإذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها فيسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد. المادة (٣٩٦) مدني.

والمقصود بالشيء الذي له حمل ومؤونة هو الشيء الذي لا يمكن نقله بسهولة ويسر، كالأشياء المثلية كالحنطة والشعير والأقمشة. ومما يجب ملاحظته أن هذه الأشياء إنما تعتبر كذلك إذا تعينت في العقد. بأن كانت موجودة ومشاراً إليها عند العقد، كما لو باع هذه الكمية من الحنطة أو الأقمشة أو الأخشاب، أو كانت معروفة من الطرف الآخر، كما لو باعه الكمية من الحنطة الموجودة في مخزنه وكان المشتري قد رآها. ويدخل في عداد الأشياء التي لها حمل ومؤونة الأشياء المعينة بالذات (الأعيان) إذا لم تكن من الأشياء التي يمكن نقلها بسهولة ويسر، كالمضخة وآلة الحرث.

٢ـ أما في الالتزامات الأخرى، فإن مكان الوفاء يكون هو موطن المدين أو مركز أعماله. وهذا ما قضت به المادة (٢/٣٩٦) مدني بقولها.

٣ـ وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك.

ويسري هذا النص على كل التزام يكون محله إعطاء شيء غير معين بالذات، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وأساس هذه القاعدة أن الدين مطلوب غير محمول، أي أن الدائن هو الذي يسعى إلى الدين في طلب المدين وليس المدين هو الذي يسعى للدائن حاملاً له الدين. والعبرة بموطن المدين وقت الوفاء وليس وقت نشأة الالتزام. وإذا تعلق الالتزام بنشاط المدين التجاري أو الصناعي أو الزراعي فإن مكان الوفاء يكون هو مركز أعمال المدين الذي يتعلق بها الالتزام. ولكن يجوز للمدين أن يتنازل عن هذا الحكم المقرر لمصلحته ويقوم بوفاء الدين في موطن الدائن. وقد يستدل على تنازل المدين من حمله معظم أقساط الدين بنفسه إلى الدائن.

ثالثاً ـ نفقات الوفاء

تنص المادة (٣٩٨) مدني على أن « نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقضي بغير ذلك» . فنفقات الوفاء يتحملها المدين إذن، ما لم يتفق على غير ذلك، ومن قبيل هذه النفقات إرسال الدين إلى الدائن إذا كان مشترطاً الوفاء في محله، ونفقات المخالصة، ومصاريف الشيك أو حوالة البريد، ونفقات الوزن أو العد أو القياس أو الكيل. فهذه كلها على المدين، ما لم يتفق على أن الدائن هو الذي يتحملها.

وقد ينص القانون على أن يتحمل الدائن النفقات، كما فعل بالنسبة لنفقات العرض والإيداع. والعلة في ذلك أن تعنت الدائن في قبول الوفاء هو الذي أدى بالمدين إلى إتباع طريق العرض والإيداع، المادة (٣٨٦) مدني.

ونفقات الوفاء غير مصروفات الدين، فهذه قد صرفت في سبيل إنشاء الدين، أما الأولى فقد صرفت في سبيل الوفاء به. والاثنتان يتحملها المدين ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

الفصل الحادي عشر
انقضَاء الالِتزام بمَا يُعادل الوفَاء

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: قدمنا أن هذه الأسباب هي الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة. ففي الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشيء يعادله. وفي التجديد يستوفي الدائن الأصلي بدين جديد. ومن صور التجديد الإنابة في الوفاء وفي المقاصة يستوفي الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين وفي اتحاد الذمة يستوفي الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً.

ونقسم هذا الفصل إلى مباحث خمسة، نخصص الأول للوفاء بمقابل أو الاعتياض، والثاني للتجديد، والثالث للإنابة في الوفاء، والرابع للمقاصة، والخامس والأخير لاتحاد الذمة.

المبحث الأول
الوفاء بمقابل

تعريف الوفاء بمقابل وبيان شروطه

تنص المادة (٣٩٩) مدني على أنه «إذا قبل في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء». ويتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق الدائن والمدين على أن يوفي المدين للدائن بشيء آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً. فالدائن يستعيض في الوفاء بمقابل بشيء آخر غير الشيء محل الالتزام.

والوفاء بمقابل سبب مستقل لانقضاء الالتزام غير الوفاء. ولكي يوجد الوفاء بمقابل حقيقة لا بد من توفر شرطين:

الأول: وجود اتفاق على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً من تنفيذ الالتزام.

والثاني: تنفيذ هذا الاتفاق فوراً بنقل ملكية هذا الشيء والحق العيني:

(١) الاتفاق على نقل ملكية شيء أو حق عيني عوضاً عن المحل الأصلي: يفترض للوفاء بمقابل وجود اتفاق بين الدائن والمدين، إذ أن الدائن، لا يمكن جبره على قبول

وفاء بشيء غير المستحق له أصلاً. وقد يقع قبول الدائن صراحة، كما قد يستفاد دلالة.

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً، وجب أن تتوافر في طرفيه الأهلية. فيجب أن يتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين. ويجب أن يتوافر في المدين، ليس فقط أهلية وفاء الدين، بل أيضاً أهلية التصرف في الشيء الذي يقدمه وفاء للدين. ذلك أن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في نفس الوقت. ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب المعروفة. كما يلزم أن يكون للاتفاق محل وسبب مستوفيان شرائطهما القانونية.

وبالنسبة للمحل بالذات يجب أن يتوافر فيه شرطان: الأول أن يكون شيئاً جديداً أي لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام الأصلي. وبهذا يفترق الوفاء بمقابل عن الالتزام الذي يتعدد فيه المحل عند نشوئه أو وفائه (أي الالتزام التخييري والالتزام البدلي). فتقديم أحد الشيئين في الالتزام البدلي أو التخييري لا يعد وفاء بمقابل، لأن الشيء داخل أصلاً في نطاق الالتزام الأصلي.

والشرط الثاني الواجب توافره في محل الوفاء بمقابل هو أن يكون نقل ملكية أو تقرير حق عيني كالانتفاع. فلا يصح أن يكون البديل التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو حتى نقل حق شخصي.

فإذا قدم المدين لدائنه ديناً له في ذمة الغير عوضاً عن حقه، لم تكن بصدد وفاء بمقابل بل كنا أمام حوالة حق أو عملية أخرى (كإنابة في الوفاء). وذلك ما لم يكن هذا الحق الشخصي قد اندمج في سند لحامله، إذ يعتبر تسليم السند بمثابة نقل الملكية، نظراً لأن الحق المثبت في سند لحامله يصبح أقرب ما يكون إلى الشيء المادي، أو كما يقولون أن الحق هنا يندمج في الصك.

وإذا قدم المدين عوضاً عن الدين عملاً (لا نقل ملكية)، كنا أمام تجديد للدين بتغيير محله لا أمام وفاء بمقابل. فإذا قدم المقرض للمقترض عملاً مقابل قيمة القرض،

كان معنى هذا انقضاء الدين الأصلي بالاتفاق، ثم نشوء دين جديد باتفاق جديد، محله هذا العمل الذي تعهد به.

يجب إذن أن يكون محل البديل في الوفاء بمقابل هو نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني في مقابل الدين.

(٢) وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فوراً: ولكي يتحقق الوفاء بمقابل يجب أن ينفذ الاتفاق فوراً، بنقل الملكية من المدين إلى الدائن. فإذا تم الاتفاق ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه لم تكن بصدد وفاء بمقابل، إذ لا تكون هنا أمام وفاء الالتزام، وإنما أمام اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاماً جديداً بالالتزام الأصلي، وهذا هو التجديد[١].

التكييف القانوني للوفاء بمقابل: والتكييف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب، فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية.

فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد بتغيير محل الدين، ان الدائن والمدين يتفقان بادئ ذي بدء على تعيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل في الوفاء. ويترتب على ذلك أن الدين الأصلي ينقضي وتنقضي معه تأميناته عن طريق التجديد، لا عن طريق الوفاء[٢].

ثم أن الدين الجديد الذي نشأ عن هذا التجديد ـ وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل ـ يكون تنفيذه عن طريق الوفاء، فتنتقل ملكية المقابل فعلاً إلى الدائن. وبذلك

---

(١) النظرية العامة للالتزامات ـ جـ٢ـ أحكام الالتزام. د. عبد المنعم البدراوي طبعة ١٩٦٨. ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٢) ويذهب البعض إلى أن الوفاء بمقابل هو بيع تليه مقاصة أو مقايضة. ويذهب البعض الآخر إلى أن الوفاء بمقابل هو عقد خاص يقصد به تمليك عين في مقابل دين. وهذا العقد يترتب عليه نقل الملكية للدائن وانقضاء دين المدين بالتالي.

عبد المنعم البدراوي ـ المرجع السابق ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠، الوجيز السنهوري ص١١٧٢.

يتم الوفاء بمقابل. وفي هذه الخطوة الثانية ينطوي الوفاء بمقابل على معنيين. أولاً: معنى الوفاء، إذ الدين الجديد يستوفي عيناً فينقضي. ثانياً: معنى نقل الملكية، إذ الوفاء عيناً بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل. فجميع الوفاء بمقابل، في الآثار التي تترتب عليه، بين معنى نقل الملكية ومعنى الوفاء.

آثار الوفاء بمقابل: تنص المادة (٤٠٠) مدني على أنه يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين أحكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسري من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات.

يتضح أن أحكام الوفاء بمقابل مزدوجة: فهو باعتباره ناقلاً للملكية تسرى عليه أحكام البيع. ثم هو باعتباره وفاء تسرى عليه أحكام الوفاء.

١ـ **آثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية**: يترتب على هذا التكييف الآثار التالية:

(١) إذا استحق المقابل في يد الدائن، بأن كان غير مملوك للمدين واسترده مالكه. فإن الدين الأصلي لا يعود، إذ أن الدين يكون قد انقضى بالوفاء ولكن يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق المقررة في عقد البيع، كما يرجع المشتري على البائع.

(٢) وإذا كشف الدائن في المقابل عيباً خفياً كان له أن يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية كما يرجع المشتري على البائع.

(٣) إذا كان الشيء المقدم مقابلاً للوفاء عقاراً فإن الوفاء مقابل لا ينتج أثره إلا بتسجيل العقد المتضمن هذا الوفاء.

(٤) إذا استحق المدين الموفى معدلاً نقدياً، كان حقه في استيفاء هذا المعدل مضموناً بامتياز البائع على هذا العقار.

٢ـ آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء: ويترتب على ذلك ما يأتي:

(١) نزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي، ولا تعود حتى لو استحق المقابل يد الدائن، ذلك أن الدين الأصلي انقضى مع كل تأميناته.

(٢) تتبع أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) عندما يكون للدائن في ذمة المدين عدة ديون.

(٣) إذا تبين أن الدين غير موجود، اتبعت أحكام الوفاء، بمعنى أنه يكون للموفي أن يسترد ما أوفاه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق.

(٤) يخضع الوفاء بمقابل من حيث الطعن بالدعوى البولصية لأحكام الوفاء.

المبحث الثاني

التجديد

تعريفه وأهميته

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سبباً في انقضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد. فالتجديد هو إذن اتفاق على قضاء الالتزام القديم، وعقد لإنشاء الالتزام الجديد. ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير الدين (في محله أو في مصدره). أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن.

والتجديد كنظام قانوني أصبح اليوم محدد الأهمية. فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغني عنه الوفاء بمقابل وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن. وقد اختفى التجديد فعلاً في بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني.

ونبحث في التجديد: (١) شروطه. (٢) الآثار التي تترتب عليه.

١ــ شروط التجديد

التجديد كما قلنا هو استبدال التزام جديد بآخر قديم. ويترتب على ذلك أنه يلزم لتمام التجديد: (١) وجود التزام قديم. (٢) نشوء التزام جديد يحل محله. (٣) إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم. وهذا هو ما يعبر عنه بنية التجديد.

أولاً: وجود التزام قديم: من البديهي أنه لتمام التجديد يجب أن يكون ثمة التزام موجود وقائم يراد انقضاؤه عن طريق التجديد. ولهذا يجب أن يكون هذا الالتزام قد نشأ عن عقد صحيح، فإن كان باطلاً، أو كان قد انقضى بسبب سابق على التجديد لم يكن قائماً لا يجوز تجديده. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد موقوف واتفق على تجديده، فإنه يجوز تفسير هذا التجديد على أنه إجازة ضمنية للعقد. وقد سبق أن بينا أن الالتزام الطبيعي يصح أن يكون سبباً لالتزام مدني وذلك عن طريق التجديد.

ثانياً: نشوء التزام جديد: لا بد في التجديد أن ينشأ التزام جديد وإلا فلن ينقضي الالتزام القديم. فإذا كان الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد باطلاً فلا تجديد ويظل المدين ملتزماً بالالتزام القديم. وكذلك الحال إذا علق وجود الالتزام الجديد على شرط واقف وتخلف الشرط، أو علق زواله على شرط فاسخ وتحقق الشرط.

وإذا كان الالتزام الجديد موقوفاً تعلق مصير التجديد على مصير هذا العقد الموقوف فإذا نقض لم يتم التجديد وبقي القديم على حاله، وإذا أجيز تم التجديد من يوم إبرام العقد لا من يوم الإجازة تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعي.

وبديهي أن الالتزام الجديد يجب أن يكون مختلفاً عن الالتزام القديم. وقد يكون وجه الاختلاف هو التغيير في أحد طرفي الالتزام، وذلك هو التجديد بتغيير الدائن أو المدين. وقد يتم التجديد دون تغيير في شخص الدائن أو المدين وذلك عن طريق تغيير الدين ذاته.

أ ـ **التجديد بتغيير الدائن**: وذلك إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد. المادة (٤٠٢) مدني.

وهناك فروق جوهرية بين التجديد بتغيير الدائن وحوالة الحق. ففي حوالة الحق ينتقل ذات حق الدائن إلى المحال له بكافة خصائصه وتوابعه ودفوعه وتأميناته. أما التجديد بتغيير الدائن فيترتب عليه انقضاء حق الدائن الأصلي وإنشاء حق جديد

للدائن الجديد، ولذلك فالأصل ألا يكون للدائن الجديد الاستفادة من التأمينات التي كانت ضامنة للالتزام القديم. هذا بالإضافة إلى أنه في حوالة الحق لا يشترط قبول المدين بل يكفي إعلانه في حين أن التجديد بتغيير الدائن لا بد فيه من اتفاق الثلاثة المدين والدائن القديم والدائن الجديد. ولذلك لا يلجأ في العمل إلى هذا النوع من التجديد إلا نادراً، إذ تفضله حوالة الحق في الغالب من الأحوال.

ب ـ التجديد بتغيير المدين: وهو يكون طبقاً للمادة (٤٠٢) مدني بأحد طريقين:

١ـ أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي. وذلك هو التعهد بالوفاء، ولا حاجة فيه إلى الحصول على رضاء المدين الأصلي.

٢ـ أن يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي. وتلك هي الإنابة الكاملة، وهي تتم باتفاق المدين القديم والدائن والمدين الجديد. وسنعود إلى الكلام عن الإنابة بصفة عامة بعد الانتهاء عن الكلام على التجديد.

ويختلف التجديد بتغيير المدين عن حوالة الدين في أن المدين الجديد يلتزم بالتزام، جديد، أما الالتزام القديم فقد انقضى، بتأميناته وصفاته ودفوعه، بالتجديد.

ج ـ التجديد بتغيير الدين: بمقتضى المادة (٤٠١) مدني والتي تنص على أنه «يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره». فالتجديد بتغيير الدين يتم إذاً باتفاق بين الدائن والمدين. وهو قد يكون بتغيير محل الالتزام. كما لو اتفقنا على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو بنقل ملكية عين معينة بدلاً من التزامه بدفع مبلغ من النقود. وقد يكون التجديد بتغيير مصدر الالتزام، مثال ذلك أن يستبقي المستأجر أو المشتري الأجرة أو الثمن على سبيل القرض.

ثالثاً: نية التجديد: ويلزم لتمام التجديد أن توجد لدى الطرفين نية التجديد، وأن تثبت هذه النية بشكل واضح. وفي هذا تنص المادة (١/٣٤٥) من القانون المدني المصري على أن «التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، وأن يستخلص بوضوح من الظروف». ولم يتضمن القانون المدني العراقي مثل هذا النص، ولكن يمكن الأخذ به لأنه تطبيق للقواعد العامة.

واشترط وجود نية وقصد التجديد أمر طبيعي. فكل اتفاق يفترض بالضرورة انصراف النية إلى مضمونه وعليه فلكي يكون هناك تجديد بالمعنى القانوني لا بد من إقامة الدليل على أن إنشاء الالتزام الجديد كان سببه والغرض الدافع إليه هو إسقاط الالتزام القائم.

وإثبات هذا الأمر قد يكون عسيراً في كثير من الأحوال. ولهذا حرص المشرع على النص على عدم جواز افتراض وقوع التجديد، بل يجب إثبات وجود القصد إليه إما بالنص صراحة وإما باستخلاصه من ظروف تقطع في الدلالة عليه. وعند الشك يجب ترجيح أن الإرادة لم تتجه إلى التجديد.

فإضافة أجل إلى الالتزام، أو شرط جزائي له، أو تقديم تأمين شخصي أو عيني أو تغيير مكان الوفاء، أو سعر الفائدة، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد إلا إذا وجدت هذه النية بشكل صريح أو واضح.

وكذلك كتابة سند بدين كان غير مكتوب، أو تحرير كمبيالة أو شيك أو سند إذني لا يعد شيء من ذلك تجديداً. فإذا حرر المشتري سنداً بالمثمن مثلاً أو حرر المستأجر سنداً بمتجمد الأجرة، لم يكن ذلك تجديداً، فيظل للبائع امتيازه بالثمن على الشيء المبيع حتى بعد تحرير السند، ويظل دين المستأجر المحرر به السند دين أجرة، يتمتع بامتياز المؤجر، ويسقط بالتقادم المقرر لسقوط دين الأجرة (خمس سنوات).

وما دام جوهر التجديد هو انصراف الإرادة إلى إنشاء التزام جديد وانقضاء الالتزام القديم وجب أن يكون كل من أطرافه أهلاً لعقده، لأن الإرادة لا تكون

صحيحة إلا إذا صدرت عن ذي أهلية، والأهلية اللازمة في التجديد هي أهلية التصرف. إذ أن التجديد من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن. وما دام التجديد من أعمال التصرف فإن ولاية الإدارة لا تكفي فلا يجوز للوصي على القاصر الاتفاق على التجديد إلا بإذن المحكمة. كذلك لا يجوز التجديد للدائن المتضامن رغم أن له استيفاء الدين كله، فلا يترتب على التجديد الذي يعقده أحد الدائنين انقضاء الدين القديم إلا بالنسبة إليه وحده.

٢ـ آثار التجديد

يترتب على التجديد سقوط الالتزام القديم، أي انقضاؤه ذلك أن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام معادل للوفاء. وفي نفس الوقت ينشأ التزام جديد يحل محل ذلك الالتزام المنقضي. وعليه فللتجديد أثران، أثر مسقط وأثر منشئ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٠٣) مدني بقولها «إذا جدد الالتزام سقط الالتزام الأصلي وحل محله التزام جديد» .

أولاً ـ الأثر المسقط للتجديد: قلنا أنه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم. وهو يسقط بأصله وتوابعه جميعاً.

ويترتب على ذلك سقوط التأمينات الضامنة له، فيبرأ الكفلاء وتسقط الرهون والامتيازات الضامنة له. ويكون هذا السقوط نهائياً بغير عودة، بمعنى أنه إذا لم يقم المدين بوفاء الدين الجديد لم يكن للدائن أن يرجع على كفلاء المدين الأصلي ولا على الأموال التي كانت ضامنة له. وإذا اتفق مثلاً على استبدال قرض بدين الثمن ولم يقم المشتري بدفع الدين، لم يكن للبائع طلب فسخ البيع، ولا التنفيذ على البيع بماله من حق امتياز، وإنما يصبح دائناً عادياً.

ثانياً ـ الأثر المنشئ للتجديد: ويترتب على التجديد من ناحية أخرى نشوء دين جديد، له خصائصه الذاتية. فقد لا يكون مضموناً بتأمين، في حين أن الدين الأصلي كان كذلك. وقد تكون مدة تقادمه أطول أو أقصر من مدة تقادم الدين القديم.

ويلاحظ أن الالتزام الجديد يكون دائماً التزاماً تعاقدياً، مصدره عقد التجديد، في حين أن الالتزام القديم قد يكون مصدره غير العقد (كالعمل غير المشروع أو الكسب بلا سبب أو القانون).

ويترتب على الأثر المنشئ للتجديد ـ على الخصوص حيث يكون التجديد بتغيير الدائن ـ أن المدين لا يستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي.

جواز الاتفاق على بقاء التأمينات: وواضح مما تقدم أن نظام التجديد لا يحقق فائدة عملية تذكر. فمن ناحية يفقد الدائن فيه مزية التأمينات التي كانت ضامنة للالتزام الأصلي، ومن ناحية أخرى يفقد المدين حق التمسك بالدفوع التي كانت له في الدين القديم ومن هاتين الناحيتين تفضله الحوالة، حوالة الحق وحوالة الدين.

وللتخفيف عن نقائص نظام التجديد أجاز المشرع اتفاق ذوي الشأن على استمرار التأمينات لتضمن الدين الجديد. وهذا ما تقضي به المادة (٤٠٤) مدني والتي تقرر «بأنه إذا كان الدين الأصلي مكفولاً بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات إلا إذا جددت هي أيضاً» .

فإذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين: جاز الاتفاق على انتقالها إلى الالتزام الجديد وفقاً للأحكام الآتية:

(١) إذا كان التجديد بتغيير الدين (محله أو مصدره)، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير أي دون زيادة في عبء الدين. فلو كان الدين القديم قدره ٤٠٠٠ دينار وكان مضموناً برهن على عقار قيمته ٦٠٠٠ دينار وكان العقار مرهوناً رهناً ثانياً لدائن آخر بدين قدره ٢٠٠٠ دينار ثم جدد الدين الأول، وكان مقدار الدين الجديد ٦٠٠٠ دينار وتم الاتفاق على نقل الرهن الأول لضمان الدين الجديد، فلا يضمن الرهن من. الدين الجديد إلا بقدر ٤٠٠٠ دينار فقط. إذ لو ضمن الرهن الدين الجديد كله لترتب على ذلك الإضرار بالدائن المرتهن الثاني.

(٢) إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استيفاء التأمينات العينية، دون رضاء المدين القديم. أي أن المدين القديم يصبح دون حاجة إلى رضائه، كفيلاً عينياً للمدين الجديد.

(٣) إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز للمتعاقدين ثلاثتهم (المدين والدائن القديم والدائن الجديد) أن يتفقوا على استبقاء التأمينات.

والاتفاق على نقل التأمينات، في هذه الصور الثلاث، لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، إذ لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات لترتب على ذلك انقضاء تلك التأمينات بانقضاء الدين ذاته، فلا يستطاع بعثها من جديد. وطبقاً للقواعد العامة في الإثبات لا يكفي أن يكون تأريخ التجديد وتأريخ الاتفاق على نقل التأمينات تأريخاً عرفياً، بل يجب أن يكون تأريخاً ثابتاً حتى يحتج به على الغير. وإذا كان التأمين عقارياً وجب التأشير بالاتفاق على نقله على هامش تسجيل التأمين العقاري.

أما إذا كانت التأمينات مقدمة من الغير، سواء كانت عينية أو شخصية (كفالة أو تضامن) فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون.

والأحكام المتقدمة تضمنتها المادتان (٣٥٧ـ ٣٥٨) من القانون المدني المصري وهي متفقة مع المبادئ العامة. ولذلك يمكن الأخذ بها رغم عدم وجود نصوص تماثلها في القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث

الإنابة في الوفاء

تعريفها:

تناول المشرع الإنابة بالوفاء في الفصل الخاص بالتجديد، فهي في إحدى صورتيها تؤدي إلى تجديد الالتزام بتغيير المدين.

والإنابة عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص. فهي تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين المادة (٤٠٥/١) مدني. فالمدين قد أناب الأجنبي في وفاء الدين للدائن. لذلك كان المدين منيباً والأجنبي منابا، والدائن منابا لديه.

والغالب أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب) وبسبب هذه المديونية يرتضي المناب الإنابة ليقضي عن طريقها دينه قبل المنيب. كما لو أناب البائع المشتري في أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع. غير أن ذلك ليس شرطاً في الإنابة، المادة (٤٠٥/٢) مدني. فقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ومع ذلك يرتضي الإنابة بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك.

الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة

تتضمن الإنابة في إحدى صورتيها تجديداً المدين. وذلك إذا اتفق على إبراء ذمة المنيب ففي هذه الحالة يكون الدائن المناب لديه، قد استبدل بمدين قديم، المنيب، مديناً جديداً هو المناب. وهذه هي الإنابة الكاملة. وقد تتضمن في الوقت نفسه تغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب ففي المثال الذي ذكرناه في الفقرة السابقة، يصبح المشتري مديناً لدائن البائع في دين جديد يحل محل دين البائع قبل دائنه وهذا تجديد بتغيير المدين، وكذلك يحل الدائن المناب لديه محل البائع تجاه المشتري، وهذا تجديد بتغيير الدائن.

وقد اشترطت المادة (٣٦٠/١) من القانون المدني المصري لبراءة ذمة المنيب، المدين الأصلي، قبل المناب لديه، الدائن، أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب، الأجنبي، صحيحاً، وليس في ذلك إلا تطبيق لقواعد التجديد حيث يشترط أن ينشأ التزام جديد لكي ينقضي الالتزام القديم. كما اشترطت أيضاً ألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة. وتعليل ذلك أنه في حالة إعسار المناب وقت الإنابة لا يتصور أن يقبل

الدائن إبراء ذمة مدينه الأصلي إلا نتيجة لجهله بحالة المناب، فيكون التجديد قابلاً للنقض بسبب الغلط.

وما دامت الإنابة الكاملة تنطوي على تجديد، ولما كان التجديد لا يفترض، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام التزام المناب بجانب التزام المنيب المادة (٢/٤٠٦) مدني وهذه هي الإنابة الناقصة، وهي الغالب في الإنابة، إذ قل أن يرتضي الدائن أن ينقضي الالتزام القديم. وفي هذه الحالة تؤدي الإنابة وظيفة التأمين الشخصي إذ يصبح للدائن مدينان: المدين الأصلي المنيب والمدين الجديد، المناب، فيستطيع الدائن أن يطالب أياً منهما بأداء دينه[1]. فإذا وفى المناب الدين انقضى دينه قبل المناب لديه، وانقضى أيضاً دين المنيب قبل المناب لديه، وإذا كان هناك دين على المناب قبل المنيب (مديونية سابقة) انقضى هذا الدين كذلك.

التزام المناب التزام مجرد

سواء أكانت الإنابة كاملة أم ناقصة، فان الالتزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه مكان المنيب يكون مجرداً عن سببه أي عن العلاقة التي تربط المناب بالمنيب. فإذا كان الدين الذي في ذمة المناب للمنيب باطلاً، أو كان قد انقضى، أو كان يصح دفعه بدفع آخر مع المنيب أو كان الدافع للمنيب على قبول الإنابة غير مشروع في علاقته، فليس لأي شيء من ذلك أثر في التزام المناب تجاه المناب لديه. فيجب على المناب على أي حال أن يوفي بالدين إلى المناب لديه، ثم إذا ثبت أن دينه تجاه المنيب لم يكن موجوداً أو كان باطلاً أو كان قد انقضى رجع عليه بما أوفى عنه، إما على أساس الوكالة أو الكسب بلا سبب على حسب الأحوال، شأنه في هذا شأن من يوفي دين الغير.

---

(١) ويلاحظ أنه لا يوجد تضامن بينهما، وإن اتحد محل التزامهما، ذلك أن التزام كال منهما له مصدره الخاص، فالتزام المدين الأصلي مصدره العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن أما التزام المنيب فمصدره عقد الإنابة. ويقال للالتزام هنا أنه التزام تضمامي (لا تضمامني).

وفي هذا تقرر المادة (٤٠٧) مدني على أنه «يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفوع. ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره» .

وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التي كانت للمناب قبل المنيب، فمبدأ تجريد الإنابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لصالح المناب لديه الذي له أن يترل عنه.

وقد أراد المشرع بتجريد التزام المناب قبل المناب لديه، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها، فلا يضطر المناب لديه إلى البحث عما قد يشوب العلاقة بين المنيب والمناب من عيوب. ولذلك كانت الإنابة، أهميتها في المعاملات التجارية حيث تشتد الحاجة إلى الاستقرار والسرعة.

المبحث الرابع

المقاصة

التعريف بها: تقضي المادة (٤٠٨) مدني بأن «المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه» .

فالمقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام يفترض أن هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني. فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر، ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليها الوفاء بالقدر الزائد وفاءً عادياً. فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء.

والمقاصة أيضاً أداة ضمان. فالدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته يختص وحده بهذا الدين دون غيره من دائني المدين، فيستوفي في حقه منه متقدماً عليهم جميعاً.

والمقاصة كأداة للضمان على الوجه الذي بينا، تقرب من مهمتهما من نظامين قانونيين آخرين هما الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. فقد رأينا أن أي طرف في العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفي ماله من حق مقابل، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشيء المحبوس. ففي هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده. والمقاصة تؤدي نفس الغرض، فالدائن لا يدفع الدين الذي عليه استيفاء للحق الذي له. بل أن المقاصة تصل إلى مدى أبعد في تأدية هذا الغرض، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذي عليه، بل هو يقضي الدين عليه قضاءً تاماً بالحق الذي له في ذمة دائنه.

أنواع المقاصة: المقاصة على أنواع ثلاثة: مقاصة قانونية وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، كما ويصطلح عليها في القانون المدني العراقي بالمقاصة الجبرية. وهي التي عني المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان المقاصة، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية (الجبرية) دون غيرها. ومقاصة اختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصوداً به مصلحة الطرفين معاً أو مصلحة أحدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

المقاصة القانونية

سنتناول في دراستنا للمقاصة القانونية بحث شروط هذه المقاصة أولاً، ثم كيفية وقوعها وآثارها ثانياً.

أولاً ـ شروط المقاصة: تنص المادة (٤٠٩/٢) مدني على أنه «٢ـ ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوةً وضعفاً. ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في

الوصف أو مؤجلين أو إحداهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتداينين سواء أتحد سببهما أو اختلف.

يتضح من هذا النص أن شروط المقاصة هي:

١ـ أن يوجد دينان متقابلان.

٢ـ أن يتماثل الدينان في المحل.

٣ـ أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء.

٤ـ أن يكون الدينان خاليين من التراع.

٥ـ أن يكون الدينان مستحقي الأداء.

٦ـ أن يكون الدينان قابلين للحجز.

١ـ التقابل بين الدينين: تفترض المقاصة وجود دينين متقابلين أي أن يكون كل من طرفيها دائناً ومديناً للطرف الآخر في نفس الوقت. ويستوي ـ كما رأينا. أن يكون الدينان المتقابلان ناشئين من مصدر واحد (كعقد واحد) أو من مصدرين مختلفين.

ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين ذاقما وبنفس الصفة. فلا يجوز مثلاً أن يتقاص دين للوصي على الغير مع دين للغير على المقاصر، ولا دين على الشركة لأجنبي مع حق للشريك في ذمة هذا الأجنبي.

وتقع المقاصة لو لم يكن المدين أهلاً للوفاء أو الدائن أهلاً للاستيفاء، لأن المقاصة نوع من الوفاء الجبري، هي واقعة مادية لا تصرف قانوني.

٢ـ التماثل في المحل بين الدينين: ويجب أن يكون الدينان متماثلين من النقود أو من المثليات المتحدة في النوع والجودة. فالمقاصة لا تقع إلا بين النقود وفيما بين المثليات. ويشترط في المثليات التي تجري المقاصة بينها أن تتحد في النوع (قمح مثلاً) والجودة (من صنف المتوسط مثلاً). فإذا اختلف النوع لم تقع المقاصة، فلا مقاصة بين

التزام بتوريد قمح والتزام مقابل بتقديم قطن مثلاً. ويجب فضلاً عن ذلك اتحاد المحلين في الصنف أي درجة الجودة، وإلا امتنعت المقاصة.

ولا تقع المقاصة بين غير النقود والمثليات نوعاً وجودة. فلا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل وإن تماثلا، ولا بين التزام بامتناع وآخر، ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل.

٣ـ **صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء**: المقاصة وفاء جبري، ولذلك وجب أن يكون كل من الدينين جائزاً اقتضاؤه جبراً على المدين بالقضاء، فإذا كان أحد الدينين ديناً طبيعياً امتنعت المقاصة، لأن الدين الطبيعي لا جبر في أدائه. تمتنع المقاصة بين الدين الطبيعي ودين مدني، وهي تمتنع أيضاً بين دين طبيعي ودين طبيعي آخر وكذلك فإن الدين الذي مضت عليه مادة التقادم لا يمكن أن يتقاص بعد ذلك مع دين مقابل يحل أجل استحقاقه بعد تقادم الالتزام الأول، لأن الأول يمكن أن يسقط إذا تمسك المدين بالنظام.

٤ـ **خلو الدينين من النزاع**: ويجب أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع، بأن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك في ثبوته، ومحدداً في مقداره. فإذا كان ثمة شك في وجود الدين امتنعت المقاصة، كالدين الناشئ من الفعل الضار يتوقف على ثبوت مسؤولية الفاعل. ولا مقاصة إذا كان الدين غير معين المقدار، كما لو كان تقديره يتوقف على تصفية حساب معقد أو على تقرير خبير أو على حكم القضاء، كالدين الناشئ من الفعل الضار حتى لو ثبت مسؤولية الفاعل ما دام أن مبلغ التعويض لم يقدر قضاء أو اتفاقاً، وكدين الوصي على القاصر أو العكس، لا يثبت إلا بعد تصفية الحساب.

٥ـ **استحقاق الدينين للأداء**: يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ذلك أن المقاصة وفاء جبري، ولا يجوز جبر المدين على الوفاء إلا إذا حل أجل الاستحقاق. ولذلك لا يجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال، ولا بين دينين مؤجلين إلا إذا حل

الأجل أو سقط هذا الأجل بنزول الدائن عنه أو بحرمان المدين منه بسبب اضعافه التأمينات.

فإذا كان الأجل قضائياً (نظرة الميسرة) جازت المقاصة رغم عدم انتهاء هذا الأجل ذلك أن القاضي إنما منح هذا الأجل لكونه غير قادر على الوفاء، فإذا تبين أنه قادر على الوفاء عن المقاصة، وقعت المقاصة قبل انقضاء الأجل. وكذلك إذا تبرع الدائن بالأجل.

ومن باب أولى لا يجوز تقاص دين منجز مع دين معلق على شرط واقف، فالالتزام الموقوف على شرط هو التزام غير مستحق، فضلاً عن كونه غير محقق الوجود.

٦ـ قابلية كل من الدينين للحجز: لا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه. ذلك أن الحق غير القابل للحجز يقصد القانون أن يكون خالصاً لصاحبه، وفي إجازة المقاصة معه حرمان لصاحبه منه. فمثلاً إذا أقرض زوج زوجته مبلغاً من المال، ثم حكم لها بالنفقة عليه، لم تقع المقاصة بين حق الزوج الناشئ من القرض ودين النفقة المتوجب عليه. ويجب في هذه الحالة أن يوفى بدين النفقة، ثم يرجع بحقه على زوجته، كذلك لا تجوز المقاصة بين أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل.

تلك هي شروط المقاصة القانونية. ولا يلزم فوق ذلك شرط آخر. فلا يشترط كما قلنا أن يتحد الدينان المتقابلان في المصدر، ولا يشترط تساويهما في المقدار، ولا في قوة السند المثبت لهما (رسمي أو عادي).

وليس ضرورياً أيضاً أن يكون الدينان واجبي الوفاء في مكان واحد. فاختلاف مكان وفاء كل من الالتزامين لا يحول دون تقاصهما.

فإذا أتلف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين سقط قصاصاً. وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضيهما. المادة (٤١١) مدني.

وإذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما وإن كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين. المادة (٤١٢) مدني.

الديون التي تقع فيها المقاصة: تنص المادة (٤١٠) مدني على أنه «إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة جنس واحد أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي» .

استبعد المشرع حالتين نصت عليهما المادة السابقة فلا تجوز فيهما المقاصة ولو توافرت الشروط السابقة:

١ـ إذا انتزع شخص شيئاً من مالكه غصباً فإنه يلتزم برده، فإذا طالبه المالك بالرد فلا يجوز للغاصب أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد ما غصب وما قد يكون على المالك من التزام قبله. ذلك أن إجازة المقاصة في هذه الحالة تتضمن إجازة اقتضاء الشخص حقه بنفسه، إذ يكفي أن ينتزع الدائن من مدينه خلسة أو بالقوة، شيئاً مماثلاً لما التزم به المدين لكي يقتضي منه حقه عن طريق التمسك بالمقاصة دون التجاء إلى الإجراءات التي أوجبها القانون للتنفيذ القهري.

٢ـ لا يجوز للمودع لديه أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء المودع وبين ما قد يكون المودع ملتزماً به قبله. والحكمة في امتناع المقاصة هنا هي أن الشيء المودع يعد أمانة في يد المودع لديه، وليس له أن يخون الأمانة، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه بالرد أو بدفع التعويض عنه وبين الحق الذي له في مواجهة المودع.

ثانياً ـ كيفية وقوعها وآثارها:

أ ـ كيفية وقوع المقاصة: تنص المادة (٤١٣) مدني على أنه «تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها» .

يتضح من هذا النص أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وأنه يجوز التنازل عنها بعد توافر شروطها وأن المقاصة ليست من النظام العام. وهذا ما سنتناوله في الفقرات التالية.

وجوب التمسك بالمقاصة: لا تقع المقاصة حتماً بمجرد توافر شروطها، وإنما يلزم لذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها. فإن لم يحصل هذا التمسك بقي الدينان المتقابلان دون انقضاء. ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه، حتى لو علم من وقائع الدعوى أن شروطها متوافرة. فالمقاصة ليست من النظام العام، بل هي مقررة لصالح ذوي الشأن، والذي له مصلحة في وقوع المقاصة هو أولاً المدين في كل من الدينين المتقابلين. وكذلك يحق للكفيل أن يتمسك بها ولو كان متضامناً مع المدين. ولكن لا يجوز للمدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن الكفيل. كما يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، ولكن بقدر حصة هذا المدين في الدين التضامني فقط، المادة (٣٢٤) مدني.

ويحصل التمسك بالمقاصة في صورة دفع، بأن يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحقه عليه فيدفع هذا دعواه بالمقاصة بحقه الذي له في مواجهته.

ويصح التمسك بالمقاصة في أية حالة كانت عليها الدعوى، وبعد التمسك بدفاع آخر في الموضوع. فيجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية. بل يجوز حتى التمسك بالمقاصة بعد الحكم وعند الشروع في التنفيذ. وذلك كله ما لم يتضح أن سكوت صاحب الشأن كان مبناه النزول عن المقاصة.

ويجوز أن يقع التمسك بالمقاصة عن طريق دعوى يرفعها صاحب الشأن طالباً فيها تقرير المقاصة بين دينه والحق الذي له.

ومتى وقع التمسك بالمقاصة وجب على القاضي الحكم بها متى توافرت شروطها. وليس له أن يرفض الحكم بها. ولذلك يقال أحياناً أن المقاصة تقع بقوة القانون والمقصود بذلك أنها لا تقع بحكم القاضي، بل أن دور القاضي يقتصر على الكشف عن المقاصة. ولهذا سميت بالمقاصة (القانونية) تمييزاً لها عن المقاصة (القضائية) التي ينشئها القاضي، أو المقاصة (الاتفاقية) التي تقع بالاتفاق، وذلك في الحالات التي يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية، كما سنرى.

النزول عن المقاصة: قلنا إن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها أحد أصحاب المصلحة. بل ويقابل هذا أن لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بها، رغم توافر شروطها وثبوت الحق له فيها. فالمقاصة ليست من النظام العام.

ولكن هل يجوز الاتفاق مقدماً أي قبل اجتماع الدينين وتوافر شروط المقاصة على النزول عنها؟

الرجح في فرنسا جواز ذلك، نظراً لعدم مخالفة هذا الاتفاق لأي قاعدة من قواعد النظام العام وقد نص قانون الموجبات والعقود اللبناني صراحة على جواز النزول مقدماً عن المقاصة المادة (٣٣١% ٤) موجبات.

أما في مصر فقد رأى المشرع منع النزول عن المقاصة مقدماً المادة (١/٣٦٥) مدني مصري. ولعله خشي أن يصبح الاتفاق على النزول عنها شرطاً مألوفاً دارجاً، فأراد أن يحمي المدين من شرط قد يفرض عليه في كثير من الأحيان.

والرأي عندي أنه يجب الأخذ بما جاء به القانون المدني المصري ـ في قانوننا المدني العراقي لخلوه من نص مماثل للمادة (١/٣٦٥) مدني مصري. وذلك لوجاهة الأسباب

التي قيلت في تبرير هذا الحكم. فليس من المستساغ عقلاً أن يترل شخص عن حق لم يثبت له بعد[1].

وقد يتم الترول عن المقاصة صراحة. ويجوز أن يقع ضمناً بشرط أن يستنتج من ظروف وقرائن تقع في الدلالة عليه، إذ القاعدة أن الترول عن الحق لا يفترض.

ب ـ آثار المقاصة: تنص المادة (٤١٣) مدني على أنه «تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها» .

وتنص المادة (٤١٤) مدني على أنه «إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة».

يخلص من هذه النصوص أنه يترتب على المقاصة الآثار التالية:

١ـ انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة. وهكذا يتبين أن لوقوع المقاصة أثراً رجعياً يستند إلى وقت توافر شروطها، ويقع هذا الأثر الرجعي حتى لو كان الطرفان أو إحداهما يجهلان ثبوت حقهما فيها ويترتب هذا الأثر الرجعي للتمسك بالمقاصة نتيجتان هامتان.

أ ـ إذا كان أحد الدينين منتجاً لفائدة، فلا تحتسب الفوائد إلا عن المدة السابقة لتوافر شروط المقاصة. أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عنها فوائد. إذ أن الدين قد انقضى منذ الوقت الذي توافرت فيه شروط المقاصة.

---

(١) إذا كان المشرع قد نص على عدم جواز التنازل عن المقاصة مقدماً المادة (١/٣٦٥) فليس ذلك لأن المقاصة من النظام العام، وإنما لأنه قد لاحظ أن بعض الدائنين ـ وبصفة خاصة البنوك في تعاملها مع الأفراد ـ يشترطون على مدينهم التنازل مقدماً عن التمسك بالمقاصة بين ما عليهم من دين وما قد ينشأ لهم في المستقبل من حقوق، وقد رأى المشرع أن في هذه الشروط إرهاقاً للمدينين وتعسفاً من جانب الدائنين وهم الجانب القوي، لذلك نصت المادة (١/٣٦٥) على أنه لا يجوز الترول مقدماً عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها. النظرية العامة للالتزام ـ جـ٢. أحكام الالتزام والإثبات. الدكتور إسماعيل غانم ـ طبعة ١٩٦٧. ص ٤٢٠ الفقرة ٢٦٠.

ب ـ إذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة فلا يحول ذلك دون وقوع المقاصة بعد التمسك بها، ما دام أن التقادم لم تكن قد تمت مدته في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة أي في الوقت الذي اجتمع فيه الدينان.

٢ـ وينقضي الدينان كما قلنا بقدر الأقل منهما، لهذا فإن المقاصة تؤدي إلى قبول الدائن وفاءً جزئياً لحقه. والمقاصة هي إحدى الحالات الاستثنائية التي يجبر فيها الدائن على قبول وفاء جزئي.

٣ـ فإذا تعددت الديون التي تجوز المقاصة فيها بين الطرفين، وجب لتعيين الدين أو الديون التي تجري بينهما المقاصة، اتباع نفس قواعد احتساب الخصم التي نص عليها المشرع في خصوص الوفاء.

٤ـ ويترتب على سقوط الدين بالمقاصة سقوط التأمينات التي كانت ضامنة له، كالكفالة والرهن.

امتناع وقوع المقاصة إضراراً بالغير: لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير المادة (٤١٥) مدني، ولذلك على الرغم من توافر شروطها. فإذا تعلق للغير حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به، امتنعت المقاصة، لأن في وقوعها عندئذ إضرار بهذا الغير. وتطبق هذه القاعدة في حالة توقيع الحجز على أحد الدينين وحالة الحوالة.

١ـ فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز.

٢ـ وكذلك إذا حول الدائن حقه إلى الغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل المادة (٤١٧) مدني. ذلك أن قبول الحوالة في وقت كان يستطيع فيه المدين التمسك بالمقاصة يعتبر من جانبه نزولاً

عن المقاصة، ما دام أنه كان يعلم بالمقاصة وقت قبوله الحوالة دون تحفظ من جانبه. فإذا قبل الحوالة دون أن يكون عالماً بثبوت حقه في التمسك بالمقاصة، فأنه يعد مخطئاً في حق نفسه ويجب أن يفضل عليه المحال له الذي اطمأن إلى الحوالة بعد أن قبلها المدين، إذ لم يكن في وسعه أن يحيط علماً بعلاقات المحيل والمدين. فالمقاصة لا يجوز إذن أن يجري التمسك بها إضراراً بالغير. وهذا ما يفسر لنا هذا الاستثناء من تلك القاعدة العامة التي تجيز للمدين التمسك ضد المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها تجاه المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه.

هذا إذا كانت الحوالة قد نفذت قبل المدين بقبوله لها أما إذا كان نفاذها قبله قد تم عن طريق إعلانه بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة. وقد نصت المادة (٤١٧) مدني على الأحكام المتقدمة بقولها «١ـ إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك على المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. ٢ـ أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة إلا إذا كان الحق الذي يريد المقاصة به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة»

وفاء الدين رغم المقاصة: تنص المادة (٤١٦) مدني على أنه «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق وكان له في ذلك عذر مقبول» .

وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل. وهنا يجب التمييز بين فرضين:

أولاً ـ إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين. فيعتبر هذا نزولاً ضمنياً منه عن التمسك بالمقاصة ومن ثم ينقضي الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء، ويعود

للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها ولا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية، ولا يضار دائن مرتهن متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل الحق.

ثانياً ـ إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين، وعليه هو يقع إثبات ذلك، فهنا لا يمكن القول بالنزول الضمني عن التمسك بالمقاصة. وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال أن المقاصة قد وقعت بحكم القانون فانقضى بها دين المدين، فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً قد انقضى، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق.

ولا يرجع بحق وبما يكفل هذا الحق من تأمينات، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته. ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولاً، فحفظ له قصده، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم في ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة، لاسيما أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها وهو هنا لم يتمسك بها لأنه كان يجهلها. وما دامت المقاصة لم تقع، فإن حق المدين في ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالغير، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين.

المقاصة الاختيارية

قد يتخلف أحد الشروط التي نص عليها القانون لوقوع المقاصة، فلا تقع المقاصة بحكم القانون. ولكنها قد تقع بالاختيار، إما بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً.

فإن كان عدم وقوع المقاصة بحكم القانون قد قصدت به مصلحة أحد الطرفين، جاز له أن يوقع المقاصة بإرادته وحدها. مثل ذلك أن يتخلف شرط تلاقي الدينين، بأن يكون لدائن دين على قاصر، وعليه دين لوصيه، فيجوز للوصي أن يتمسك

بالمقاصة بين دين القاصر والدين الذي له (أي للموصي) في ذمة الدائن. وقد يتخلف شرط استحقاق الأداء أو شرط الصلاحية للمطالبة أمام القضاء بالنسبة لأحد الدينين، بأن كان أحد الدينين مؤجلاً أو مجرد التزام طبيعي، فيجوز للمدين به أن يتمسك بالمقاصة. وقد يتخلف شرط القابلية للحجز بالنسبة لأحد الحقين، فيجوز للدائن به أن يتمسك بالمقاصة.

أما إذا كان عدم وقوع المقاصة القانونية قد قصدت به مصلحة الطرفين معاً، كما لو اختلف موضوع الدينين، فلا تقع المقاصة إلا بإرادة الطرفين فتكون المقاصة في هذه الحالة اتفاقية.

وسواء تمت المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو كانت مقاصة اتفاقية، فهي لا تقضي الدينين إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها.

ولا يجوز على أي الأحوال أن تقع المقاصة الاختيارية إضراراً بحقوق كسبها الغير.

المقاصة القضائية

هي المقاصة التي يجريها القاضي حيث يتخلف شرط من شروط المقاصة القانونية مما يستطيع القضاء استكماله. وذلك هو شرط الخلو من النزاع. فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه، فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعي فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده أو مقداره فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع عليه. ولكن للمحكمة أن تفصل في هذا النزاع، فإن قضت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الحقين.

ويلاحظ أن المقاصة القضائية ليست في الحقيقة سوى مقاصة قانونية تقع متى توافرت شروطها. فالقاضي عندما يفصل في النزاع حول وجود الحق أو مقداره، إنما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية. ومتى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون، ولا يريد حكم القاضي بإيقاعها عن أن يكون تقريراً،

لا إنشاء للمقاصة. ولكن المقاصة لا تقع إلا من وقت الحكم، فمنذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت بحسم النزاع الذي كان يمنع من وقوعها.

المبحث الخامس
اتحاد الذمة

التعريف: اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد. وهو يفترق عن المقاصة من حيث أن المقاصة تفترض وجود شخصين بينهما التزامان، المدين في أحدهما دائن في الآخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض وجود دين واحد ثم خلف أحد طرفيه الطرف الآخر. كما إذا توفي الدائن مثلاً فورث المدين.

وقد خصص القانون المدني العراقي نصين لاتحاد الذمة هما: المادة (٤١٨) مدني والتي تقرر أنه «في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه».

والمادة (٤١٩) مدني والتي تقضي بأنه «إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن» .

حالات اتحاد الذمة: يقع اتحاد الذمة إما بسبب الوفاة وإما بين الأحياء.

(١) فقد يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث أو الوصية، فإذا توفي الدائن فورثه المدين، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ معين. فإذا كان المدين هو الوارث الوحيد، فإنه يرث كل الدين الذي للتركة في ذمته، فيصبح دائناً في هذا الدين نفسه، وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين فينقضي الدين عن طريق اتحاد الذمة. فإذا ورث نصف الدين مثلاً لوجود وارث تقاسم معه التركة، انقضى نصف الدين باتحاد الذمة، وبقي ملتزماً بالنصف الآخر نحو الوارث الآخر.

فإذا توفي المدين وورثه الدائن، كانت التركة مدينة للوارث، واستطاع أن يستوفي دينه منها. إذ القاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين. وبذلك ينقضي حق الوارث الدائن بالوفاء (لا باتحاد الذمة) ثم يؤول إليه نصيبٌ في التركة خالياً من الديون[1].

(٢) وقد يقع اتحاد الذمة حال الحياة، وإن كان هذا فرضاً قليل الوقوع في العمل. ومن أمثلته أن تشتري شركة السندات التي أصدرتها.

أثر اتحاد الذمة: يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. فقد يقع اتحاد الدين بتمامه، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وقد يقع اتحاد الذمة في جزء من الدين كما لو ورث المدين نصف تركة الدائن.

والعلة في انقضاء الدين باتحاد الذمة هي استحالة أن يطالب الإنسان نفسه. فاتحاد الذمة هو مانع طبيعي من اقتضاء الدين. ولذلك إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً. فلو أوصى الدائن للمدين بالدين مثلاً ثم تبين أن الوصية باطلة، عاد الدين إلى الوجود بجميع توابعه، وذلك بأثر رجعي، وكأن اتحاد الذمة لم يقع[2].

ويلاحظ أن اتحاد الذمة لا يقتصر على الحقوق الشخصية وحدها، بل هو يرد أيضاً على الحقوق العينية، مثال ذلك ما إذا توفي مالك الرقبة فورثة المنتفع، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به أو بالعكس، أو إذا وفى حائز العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فهو يحل محل الدائن في الرهن الوارد على عقاره.

---

(١) وهذا وفقاً لما تقضي به الشريعة الإسلامية أما في الشرائع الغربية، فإن قبول التركة بدون خيار الجرد يجعل الوارث مسئولاً شخصياً عن ديون الموروث، وبذلك تتحد الذمة في الدين الواحد، وينقضي دين الوارث الذي كان له في ذمة الموروث باتحاد الذمة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري ج-٣- المذكرة الإيضاحية ص ٢٩٢.

الفصل الثاني عشر

انقضَاء الالتزام دونَ أن يوفى به

قد ينقضي الالتزام دون الوفاء به أصلاً. ويقع ذلك بأسباب ثلاثة:

(١)الإبراء (٢)استحالة التنفيذ (٣) التقادم أو مرور الزمان المانع من سماع الدعوى.

وقد وردت هذه الأسباب في القانون المدني العراقي في الفصل الثالث من الباب الخاص بانقضاء الالتزام في المواد من ٤٢٠ إلى ٤٤٣. وسنفرد لكل من هذه الأسباب الثلاثة مبحثاً خاصاً.

المبحث الأول

الإبراء

الإبراء هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه. ويكون بكل لفظ يدل على ذلك، كأبرأت وأسقطت، وأنت بريء من الدين. ولا يتوقف على قبول المدين، ولكن يرتد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التملك، فإنه قد يصور بأنه تمليك الدين لمن عليه الدين[١] . ولأن من الأشخاص من لا يرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم.

---

(١) ويمكن القول إن الإبراء لا يقضي من الالتزام إلا على عنصر المسئولية وحده، فهو وحده الذي يملك الدائن النزول عنه بإرادته المنفردة فيكون له أن يترل عن حقه في الالتجاء إلى القهر لإجبار المدين عن تنفيذ التزامه ولكن الدائن لا يستطيع بإرادته المنفردة أن يقضي على عنصر المديونية، فللمدين مصلحة في أن يبقى دينه قائماً إلا أن يقوم بالإيفاء به فعلاً، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده، فلا يجوز أن يفرض عليه وينبني على أن عنصر المديونية يظل قائماً رغم الإبراء، أن قيام المدين بأداء الدائن رغم الإبراء لا يعتبر تبرعاً، بل هو وفاء بدين. كما أن الإبراء لا يعتبر تصرفاً تبرعياً (انظر عكس ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٥، عبد الحي حجازي جـ٣ (١٩٤٥) ص ٣١٧، السنهوري جـ٣ فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٧ هامش ٢). فالمدين لا يتبرع للدائن بحق جديد إذا ما رد الإبراء بل هو يعيد إلى الالتزام عنصر المسئولية، أما المديونية فقد كانت قائمة لا تنقض بالإبراء. على أنه للدائنين الطعن في الوفاء أو في الإبراء بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش. (انظر إسماعيل غانم ـ في النظرية العامة للالتزام جـ١ فقرة ٩١ص ٢٠٠ هامش ٢).

وإن مات المدين قبل القبول فلا يؤخذ من تركته ويصح إبراء الميت عن دينه المادة (٢/١/٤٢٢) مدني.

وقد يكون الإبراء عاماً، كأبرأتك من كل حق هو لي قبلك، وقد يكون خاصاً، كما في أبرأتك من هذا الحق. ويصح تعليق الإبراء، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداه المدين برئ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله المادة (٤٢٣) مدني.

وذلك اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره. وإذا اتصل بالصلح إبراء عام عن الحقوق والدعاوي كافة فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده. المادة (١/٤٢٤) مدني.

ويشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلاً للتبرع، فلا يصح إلا من العاقل البالغ غير المحجور عليه لسفه المادة (٤٢١) مدني. وإذا كان في مرض الموت كان حكمه حكم الوصية المادة (٢/١١٠٩) مدني.

وكذلك يشترط في الإبراء أن يكون من حق ثابت قائم، فلا يصح الإبراء من حق لم يوجد، ولا الإبراء من الأعيان. ولكن يصح الإبراء من حق الإدعاء بالاعيان، فلا تسمع الدعوى بها بعد ذلك الإبراء، لأنه حق وهو يقبل السقوط.

وإذا أبرأ الدائن المدين وكان الإبراء صحيحاً سقط الدين، وبسقوط الدين ينقضي الرهن تبعاً له كما تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله.

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

تنص المادة (٤٢٥) مدني على أنه «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه» . ويرجع هذا الحكم إلى قاعدة طبيعية

مؤداها أنه لا تكليف بمستحيل. ولذلك فإن استحالة تنفيذ الالتزام سبب من أسباب انقضائه ولكن يشترط لذلك ما يلي:

١ـ يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكناً، أما إذا كان الالتزام مستحيلاً قبل نشأته كالالتزام بنقل ملكية منزل أهدم قبل إبرام العقد، فإنه يكون التزاماً باطلاً لا ينشأ أصلاً وبالتالي لا يتصور بشأنه الانقضاء لأن ما لم يوجد ولا يكون هناك مجال لانقضائه.

٢ـ يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلاً وليس فقط مرهقاً أو صعباً بالنسبة للمدين. فالالتزام المرهق يظل قائماً بالنسبة للمدين وإن جاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه إذا توافرت شروطها. أما الالتزام المستحيل فإنه ينقضي.

٣ـ الاستحالة المؤدية إلى انقضاء الالتزام إما أن تكون مادية أو قانونية. ومن الأمثلة على الاستحالة المادية أن ينهدم المنزل المطلوب نقل ملكيته أو تنفق الماشية المطلوب تسليمها أو أن تبتر يد الفنان الذي التزم برسم لوحة، أو أن يضطر المدين إلى القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به. ولكن يلاحظ أن الالتزام الذي محله شيء مثلي كالنقود لا يتصور أن يصبح مستحيلاً لأن المثليات لا تهلك. ومن الأمثلة على الاستحالة القانونية أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار فتنزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة والاستحالة بنوعيها المادي والقانوني تؤدي إلى انقضاء الالتزام.

٤ـ يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه أما إذا رجعت استحالة التنفيذ إلى خطأ المدين، فإن الالتزام لا ينقضي بل يصبح من حق الدائن الرجوع على المدين بالتنفيذ بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض. والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير. وعلى المدين يقع عبء إثبات السبب الأجنبي.

آثار استحالة التنفيذ: أهم أثر لاستحالة التنفيذ بغير خطأ هو انقضاء الالتزام وملحقاته وتأميناته. وإذا كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين فإن الالتزام

المقابل له ينقضي أيضاً وينفسخ العقد المادة (١٧٩) مدني.

وبالتالي فإن المدين يتحمل تبعة استحالة التنفيذ لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالالتزام المقابل لالتزامه الذي استحال تنفيذه. أما إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم لجانب واحد. فإن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، ويتحمل الدائن في هذه الحالة تبعة استحالة التنفيذ لأن ذمة المدين تبرأ في مواجهته ولا يقابل ذلك سقوط التزام عليه هو قبل المدين إذ لا وجود لمثل هذا الالتزام في العقد الملزم لجانب واحد.

وهناك إلى جانب تحمل التبعة في العقد تحمل التبعة في الملك. وقد انفرد التقنين المدني العراقي بالنص على تحمل التبعة في الملك، عقب النص الذي أورده في خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي.

فنصت المادة (٤٢٦) مدني على أنه «إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه، بعقد أو بغير عقد، وهلك دون تعد أو تقصير، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه» . ونصت المادة (٤٢٧) مدني على أنه:

١ـ تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك.

٢ـ تنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه.

وتفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكه إلى يد غير المالك، سواء انتقل بعقد كعارية أو وديعة أو إيجار، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب. ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي.

وهنا يميز القانون المدني العراقي ـ أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي ـ بين يد الضمان ويد الأمانة. فإن كانت يد غير المالك يد ضمان، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض، ويتحمل هو تبعة هلاك

الشيء. أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه، ويتحمل المالك إذن تبعة هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده، لأنه هلك في يد هي يد أمانة.

وتكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه كالغاصب والحائز بقصد التملك ولا سيما إذا كان سيئ النية، ومن أخذ الشيء على سوم الشراء، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان. وتكون اليد يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك كالمستعير والمودع والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر، فهؤلاء يدهم يد أمانة.

ومع ذلك فإن يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان، فتكون تبعة الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك، إذا كان الحائز، ويده قد بدأت يد أمانة، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق، أو أخذه بغير إذنه، في هاتين الحالتين، يكون بمثابة المدين المعذر الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي.

وإذا انتقلت ملكية الشيء بعقد، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس. المادة (٤٢٨) مدني ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك، إذ لا يزال مترتباً في ذمته واجب التسليم ولم يقم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية. أما إذا قام سبب لحبس البائع المبيع في يده، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء، فامتنع واجب التسليم قيام سبب الحبس، فإن يد البائع، وقد كانت يد ضمان كما رأينا، تنقلب إلى يد أمانة. فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري[1].

(١) الوسيط ـ الجزء الثالث ـ السنهوري ص ٩٩١ـ ٩٩٢.

المبحث الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)

التعريف بالتقادم المسقط وأساسه القانوني:

التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن، فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه. والفكرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي استقرار المعاملات. فالحق الذي يسكت صاحبه عن المطالبة به مدة طويلة لا يكون له أن يطالب به بعد انقضاء هذه المدة وإلى أجل غير محدود. لأن سكوت الدائن عن المطالبة مدة طويلة فيه دلالة على أنه استوفى حقه أو على أنه قد نزل عنه للمدين، أو أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى. وفي جميع الأحوال فإنه من غير المقبول من ناحية استقرار المعاملات أن يطالب المدين بالاحتفاظ بمخالصة الوفاء مهما طال الأجل، وأن يسمح للدائن أو ورثته بمطالبة المدين أو ورثته بعد مرور عدة أجيال. ولذلك فإن كل التشريعات تجعل مرور مدة معينة من الوقت سبباً من أسباب تقادم الالتزام. وهذه المدة هي بحسب الأصل ثلاثين عاماً في القانون الفرنسي وخمسة عشر عاماً في القانون العراقي. ويلاحظ أن تحديد التقادم بخمسة عشر عاماً مأخوذ من الفقه الإسلامي لا من القانون الفرنسي الذي يجعل (المدة ثلاثين عاماً). فإذا كانت القاعدة في الشريعة الإسلامية إنه لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم إلا أن فقهاء المذهبين (الحنفي والمالكي) قرروا (عدم سماع الدعوى) بعد مرور مدة معينة حددها بعضهم بثلاثين عاماً وآخرون بثلاثة وثلاثين وفريق ثالث بستة وثلاثين. وفي عهد السلطان سليم العثماني تقرر تحديد هذه المدة بـ (١٥) عاماً وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية (١٦٦٠) وبه أخذ المشرع العراقي[١].

---

(١) ويلاحظ أن الشريعة الغراء لا تعرف نظام التقادم كما نعرفه، لأن الحقوق فيها لا تسقط أصلاً، إنما هي قد عرفت في عهد متأخر وبعد أن عم الفساد مبدأ عدم سماع الدعوى بعد ١٥ عاماً (وفي الوقت والميراث ٣٣ عاماً) أخذاً بالمبدأ الفقهي الذي تقرر من أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة.

ويلاحظ أن أثر التقادم لا يقتصر على الحقوق الشخصية. فالحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية تسقط بالتقادم. فيسقط حق الانتفاع وحق الارتفاق مثلاً بعدم استعماله مدة خمسة عشر عاماً. كما أن التقادم قد يكون سبباً لاكتساب الحقوق العينية بما في ذلك حق الملكية، وذلك هو التقادم المكسب وأساسه الحيازة. ودراسة هذين النوعين عن التقادم، التقادم المسقط للحقوق العينية والتقادم المكسب لها، لا محل لها في دراسة نظرية الالتزام فهي من موضوعات نظرية الحقوق العينية الأصلية.

وسنتناول في دراسة التقادم المسقط بيان مدد هذا التقادم، ثم كيفية احتساب المدة، ثم أثر هذا التقادم، وأخيراً التفرقة بين التقادم العادي ومواعيد السقوط.

١ـ مدة التقادم المسقط:

الأصل في الالتزام أن يتقادم بمضي خمس عشرة سنة، وهذا هو التقادم الطويل أو التقادم العادي. وقد نصت عليه المادة (٤٢٩) مدني بقولها الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة.

ولهذا التقادم أساس مزدوج يستند إلى فكرتي الصالح العام والصالح الخاص في نفس الوقت، ولذا تأثرت أحكامه نتيجة لاختلاف الاعتبارات التي يقوم عليها. ذلك أن ترتيباً على فكرة الصالح العام ومبناها تجنب نظر المنازعات التي تقدم عليها العهد لتعذر الفصل فيها. لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه المادة (٤٤٣) مدني، كما أنه يصح التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية المادة (٢/٤٤٢) مدني، كما أنه ترتيباً على فكرة الصالح الخاص ومبناها قرينة الوفاء، لا يقع التقادم بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة فيه المادة (١/٤٤٢) مدني، وأنه يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. المادة (٢/٤٤٣) مدني.

غير أنه إذا كان الأصل هو تقادم الالتزام بمضي خمس عشرة سنة. إلا أن هناك من الحالات ما يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر من ذلك[1] وهذه المدة القصيرة قد تكون خمس سنوات أو سنة واحدة، على ما سنبينه فيما يلي.

التقادم الخمسي: تنص المادة (٤٣٠) مدني على أنه:

١ـ كل حق دوري متجدد كالأجرة والفوائد والرواتب والإيرادات المرتبة لا تسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات.

٢ـ أما الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على المتولي الوقف أداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة.

وحكمة هذا التقادم ليست راجعة إلى قرينة الوفاء، وإنما ترجع إلى أن المدين يؤدي هذه الديون عادة من الإيراد، فلو أجبر على الوفاء بما يكون قد تجمع من هذه الديون مدة طويلة دون مطالبة لأفضى ذلك إلى إرهاقه وتكليفه بما يجاوز الطاقة. وعندي أن

---

(١) ويرد على هذه القاعدة استثناءات ورد بعضها في نصوص متفرقة في القانون المدني منها سقوط دعوى التعويض عن الكسب بلا سبب المادة (٢٤٤) مدني، بمضي ثلاث سنوات، ودعوى التعويض عن العمل غير المشروع وتسقط أيضاً بمضي ثلاث سنوات المادة (٢٣٢) مدني. وورد البعض الآخر منها في نصوص متفرقة في قانون التجارة رقم (١٤٩ ولسنة ١٩٧٠). منها المادة (١٠٢) والتي تنص في المسائل التجارية لا تسمع الدعاوى المتعلقة بالتزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بأعمالهم التجارية بمرور عشر سنوات من تأريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على مدة أقل. وكذلك تسقط بمرور عشر سنوات الأحكام النهائية الصادة في تلك الدعاوي. ومنها المادة (٥٠٥) تجاري التي فرقت بين ثلاثة أنواع من التقادم بالنسبة للحقوق الناشئة عن السفتجة (البوليصة) وهي بثلاث سنوات من تأريخ الاستحقاق بالنسبة لدعوى الحامل على المسحوب عليه وسنة واحدة بالنسبة لدعوى الحامل على المظهرين أو الساحب، وستة أشهر بالنسبة لدعاوى المظهرين قبل بعضهم أو قبل الساحب. وطبق المشرع هذا الحكم على الكمبيالة المادة (١/٥١٠) تجاري.

هذا هو موقف المشرع العراقي، فهو لم يشترط في هذه المادة (إنكار المدين) كما فعل في المادة السابقة عليها، بل وكما فعل في الفقرة الثانية من المادة نفسها (٤٣٠) مدني.

ويشترط في التقادم الخمسي أن يكون الدين دورياً ومتجدداً. والمقصود بالدورية أن الحق يستحق في ميعاد دوري كأن يستحق كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى اتفق عليها.

والدورية قد يكون مصدرها الاتفاق كما في الأجر والفوائد الاتفاقية، قد يكون مصدرها القانون.

والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري إلى ما لا نهاية، ما دام مصدره قائماً دون أن يؤدي ذلك إلى انتقاص الأصل، كما هو الشأن بالنسبة للفوائد. أما إذا كان الحق دورياً ولكن يترتب على استحقاقه انتقاص الأصل، كأقساط الدين، فإنه لا يعتبر متجدداً ولا يخضع بالتالي للتقادم الخمسي بل يتقادم كل قسط منه بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه وفقاً للمبادئ العامة.

وقد أتى المشرع، بعد أن وضع القاعدة العامة في تحديد هذه الحقوق بأمثلة عليها هي:

١ـ الأجرة: ويقصد بها أجرة المباني والأراضي الزراعية والأرض الفضاء وأجرة الغرف المفروشة وأجرة المنقولات، ولكن التقادم الخمسي لا يطبق على التعويض الذي يلتزم به المستأجر، ولا على أجر المثل لأن كل منهما ليس حقاً دورياً متجدداً.

٢ـ الفوائد: تسقط الفوائد بمضي خمس سنوات سواء أكانت فوائد قانونية أم اتفاقية أما فوائد التعويض عن عدم التنفيذ فإنها تتقادم بخمس عشرة سنة.

ويشترط لسقوط الفوائد بخمس سنوات أن لا تكون قد تحولت إلى (رأس مال) لأنها تفقد عندئذ صفتها الدورية المتجددة، وإذا صدر بالفوائد حكم فإنها تسقط بمضي خمس عشرة سنة.

٣ـ الرواتب والإيرادات: الرواتب هي المبالغ التي تقررها القوانين والأنظمة للموظفين والمستخدمين مقابل قيامهم بواجباتهم سواء أكانت تدفع من الخزينة العامة أم من قبل جهات إدارية أخرى. وهي تسقط بخمس سنوات لأنها ديون دورية متجددة. والإيراد مبلغ من المال (أو مقدار معين من الأشياء المثلية) يدفع إلى شخص مدى حياته (أو إلى خلفائه من بعده) بمقتضى عقد أو وصية. (المادتان ٦٩٤ و٩٧٧). والإيراد في كلتا الحالتين دين دوري متجدد يسقط بمضي خمس سنين.

الاستثناء من قاعدة الدورية والتجدد: استثنى المشرع في المادة (٤٣٠/٢) مدني من نطاق الحقوق الدورية المتجددة، الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على متولي الوقف أداؤه للمستحقين، باعتبار أن الدورية والتجدد ليست من صفات هذين النوعين من الحقوق، وإن بدت كذلك في الظاهر ولذا أجرى في شأنهما القاعدة العامة وهي سقوط الحق في المطالبة بانقضاء خمس عشرة سنة.

فالحائز سيئ النية مسؤول من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي يقصر في قبضها المادة (١١٦٦) مدني، سواء أكانت ثماراً طبيعية أي ينتجها الشيء من تلقاء نفسه ككلأ المراعي ونتاج المواشي، أم صناعية أي يتدخل الإنسان في إنتاجها كالمزروعات، أم مدينة أي ينتجها الشيء عن طريق الاستغلال بأحد الأعمال القانونية كأجرة الأراضي الزراعية والعقارات المبنية. والثمار هنا وإن كانت دورية ومتجددة إلا أن التزام الحائز سيئ النية بها ليس دورياً ومتجدداً، لأن أساسه فكرة التعويض عن الغضب أي عن عمل غير المشروع.

أما بالنسبة لمتولي الوقف فإنه إنما يقبض الغلة نيابة عن المستحقين فإذا ظلت الغلة قائمة تحت يده فإنها تبقى ملكاً للمستحقين ولا يتقادم حقهم فيها، أما إذا كان المتولي قد استهلك الغلة بتعدية أو بتقصيره فإنه يصبح ملزماً بالتعويض والتعويض ليس من الديون المتجددة فلا يسقط إلا بمضي المدة الطويلة (خمس عشرة عاماً).

التقادم بسنة واحدة (الحولي): تنص المادة (٤٣١) مدني على أنه.

١ـ لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية: ـ

أ ـ حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات:

ب ـ حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

ج ـ حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثم ثمن ما قاموا به من توريدات.

٢ـ ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات.

٣ـ ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.

٤ـ لكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة. وأساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء، ومبني هذه القرينة أن الحقوق التي يرد عليها هذا التقادم هي حقوق عادية تزخر بها الحياة اليومية، ولذا لم تجر العادة على تحرير سند بها أو على السكوت طويلاً عن استيفائها. وينبني على ذلك أنه إذا تم تحرير سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بخمس عشرة سنة المادة (٤٣١/٤) مدني.

وقرينة الوفاء، قرينة ضعيفة، ولذا يتعين تعزيزها باليمن واليمين بوجهها القاضي إلى المدين من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب الدائن. وإذا نكل عنها المدين، أي رفض أن يحلف على أنه أدى الدين فعلاً، ألزم بالوفاء رغم مضي السنة ورغم تمسكهم بالتقادم[1].

وإذا توفي المدين، فتوجه اليمين إلى ورثته إن كانوا راشدين، أو إلى أوصيائهم إن كانوا قصراً، فيحلفوا على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو على أنهم يعلمون بحصول الوفاء. ويطلق على اليمين في هذه الحالة اسم يمين الاستيثاق، وهي يمين حاسمة، لأنه ينبني عليها حسم النزاع، غير أنها يمين حاسمة استثنائية لأنها ليست ملكاً للمدعي وإنما يوجهها القاضي من تلقاء نفسه.

ويلاحظ أن هذا النوع من أنواع التقادم استثناء ولهذا يجب تفسير النص تفسيراً ضيقاً. كما يلاحظ أن حقوق المحامين والعمال لم تعد تسقط بمضي سنة واحدة، وإنما هي تسقط بمضي مدة ثلاث سنوات بالنسبة للمحامين عند عدم وجود اتفاق مكتوب, وتبدأ السنوات الثلاث من تأريخ العمل الموكل إلى المحامي. وتسقط بمضي خمس عشرة سنة إذا وجد اتفاق كتابي.

أما بالنسبة للعمال فقد نصت المادة (٢٦١) من قانون العمل على أن حقوق العامل تسقط بمضي ثلاث سنوات، أما إذا نظم بها سند ثابت التأريخ فإنها تسقط بمضي خمس عشرة سنة[2].

تحريم الاتفاق على تعديل مدة التقادم: تنص المادة (١/٤٤٣) مدني على أنه. ١ـ لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن قبل ثبوت الحق في هذا الدفع كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المادة

(١) ولا تسمع الدعوى في الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة حتى لو بقي الدائن مستمراً في تقديم خدماته أو أعماله أو توريداته المادة (٢/٤٣١). فكل خدمة أو عمل أو ترديد أو صفة، يعتبر الحق الناشئ عنها قائماً بذاته ويتقادم من وقت استحقاقه.

(٢) النظرية العامة للالتزامات ـ حسن علي ذنون طبعة ١٩٧٦ ـ ص ٤٧٧.

التي حددها القانون. وبذلك خطر المشرع الاتفاق على تعديل مدة التقادم سواء في ذلك الاتفاق على إنقاصها أو الاتفاق على إطالتها. وواضح أن تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم قد روعيت فيه مصلحة المدين. أما تحريم الاتفاق على تقصير المدة، فهو في مصلحة الدائن، إذ قد لاحظ المشرع أن بعض المدينين يكونون في مركز يمكنهم من فرض شروطهم على الدائنين، من ذلك شركات التأمين والنقل التي جرت على أن تشترط مدداً قصيرة يسقط بعينها حق المؤمن له أو صاحب البضاعة في مطالبتها. بل أن المشرع قد راعى في بعض الأحوال مصلحة الطرف الضعيف إلى حد أن أجاز الاتفاق على تعديل مدة التقادم لمصلحته بالتقصير إن كان مديناً، أو بالإطالة إن كان دائناً. من ذلك أن المادة (٩٩١) مدني قد أجازت الاتفاق على تعديل أحكام النصوص الواردة في الفصل المخصص لعقد التأمين، ومن بينها المادة (٩٩٠) مدني التي تنص على تقادم الدعاوى الناشئة لعقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات، إذا كان هذا التعديل لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

٢ـ حساب مدة التقادم:

يثير موضوع حساب مدة التقادم، أياً كانت هذه المدة، دراسة المسائل الآتية: كيفية حساب المدة، وتحديد بدء سريان التقادم، وأخيراً ما قد يعرض لمدة التقادم أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الانقطاع.

كيفية احتساب مدة التقادم: تنص المادة (٤٣٣) مدني على أنه « تحسب المادة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالأيام بالساعات» . واضح من هذا النص أن مدد التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يحتسب اليوم الأول ويحتسب اليوم الأخير في عطلة أو عيد امتدت المدة إلى أول يوم يصلح لاتخاذ الإجراء والمطالبة بالحق.

وتضم مدة السلف إلى مدة الخلف، فإذا ترك السلف الدعوى مدة وتركها الخلف مدة أخرى وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى فلا تسمع المادة (٤٣٢) مدني.

بدء سريان التقادم: تبدأ مدة التقادم من اليوم الذي يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء المادة (٤٣٤) مدني. ففي دعوى الدين المؤجل تبدأ المادة من وقت حلول الأجل، وفي دعوى الدين المعلق على شرط من وقت تحقق الشرط، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن الدائن فيه من إعلان إرادته، مثال الحالة الأخيرة أن يتفق المقرض مع المقترض على أن للمقرض حق استرداد مبلغ القرض متى شاء، أو أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند مستحق الدفع (عند الاطلاع) ففي هذه الحالة يسري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته.

وإذا كان الحق احتمالياً فلا يبدأ تقادمه إلا من وقت أن يصير مؤكداً لأنه إلى ما قبل هذا الوقت لا تجوز المطالبة به قضائياً لعدم ثبوت كافة عناصره، وعلى ذلك لا يسري التقادم بالنسبة إلى حق الوارث في طلب إنقاص الوصية إلا من وقت وفاة المورث.

وإذا كان الدين مقسطاً فلا يسري التقادم بالنسبة إلى كل قسط إلا من وقت استحقاقه وإذا نص في العقد على استحقاق جميع الأقساط المؤجلة، إذا تأخر المدين في دفع قسط منها كما هو مبين في العقد، لأن اشتراط حلول جميع الأقساط في هذه الحالة هو بمثابة شرط جزائي مقرر لمصلحة الدائن، فلا يعقل أن يضار منه.

وقف التقادم: إذا كان الالتزام ينقضي بعدم المطالبة به مدة من الزمن، فإنه لا يدخل في حساب هذه المدة الفترة أو الفترات التي يوجد فيها مانع لدى الدائن يمنعه من المطالبة بحقه. وهذا هو المقصود بوقف التقادم، أي وقف سريان مدته في فترة يمتنع فيها المطالبة بالالتزام. وقد نصت على وقف التقادم المادة (٤٣٥) مدني بقولها: ١ـ تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي كأن يكون المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائبة أو تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه.

٢ـ والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر

ويتضح من هذه المادة أن المانع الذي يوقف التقادم إما أن يكون شخصياً أو مادياً ومن الأمثلة على المانع الشخصي أن تكون هناك اعتبارات أدبية تمنع الدائن من المطالبة بحقه كالعلاقة بين الزوجين، أو العلاقة بين الأب وابنه أو العلاقة بين الموكل والوكيل فهؤلاء لا يسري التقادم بينهم. ومن الأمثلة على المانع الشخصي كذلك أن يكون الدائن صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائبة أو محكوم عليه بعقوبة جنائية و لم يكن له نائب يمثله قانوناً.

ومن الأمثلة على المانع المادي تقوم حرب أو ثورة أو فتنة أو تنقطع المواصلات أو غير ذلك مما يشبه القوة القاهرة التي تمنع الدائن عن المطالبة بحقه. فإذا زال هذا المانع بدأ سريان التقادم.

أما أثر وقف التقادم فهو يقتصر على مجرد تعطيل سريان المدة أثناء قيام سبب الوقف فتحتسب المدة السابقة كما تحتسب المدة اللاحقة.

ويلاحظ أنه إذا تعدد المدينون المتضامنون وتحقق سبب لوقف سريان التقادم بالنسبة لأحدهم فحسب، كما لو وجد مانع أدبي يمنع الدائن من مطالبة هذا المدين بالذات، فليس للدائن أن يتمسك بوقف التقادم قبل باقي المدينين ـ المادة (٣٢٩/٢) مدني وكذلك الحال إذا تحقق سبب لوقف التقادم بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين. فإن التقادم يستمر بالنسبة للباقين، إذ أن سبب الوقف خاص بالدائن الذي تحقق بالنسبة إليه وحده. وعليه فإذا ترك بعض الورثة ـ الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين. المادة (٤٣٦) مدني.

انقطاع التقادم: ينقطع التقادم بإجراء معين فيه معنى إصرار الدائن على المطالبة بحقه أو إقرار الدين بهذا الحق. ويؤدي قطع التقادم إلى زوال المدة السابق سريانها وبدء سريان تقادم جديد بنفس المدة.

وقد نصت المادة (٤٣٧) مدني على أنه

١- تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر. فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة و لم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها:

٢- وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وبوجه عام أي عمل يقوم به الدائن التمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوي» .

وتنص المادة (٤٣٨) مدني على أنه:

١- تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢- ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالاً مرهوناً بالدين رهن حيازة. ويتضح من هذين النصين أن قطع التقادم يحدث إما بإجراء من الدائن أو بإقرار من المدين. والإجراء الذي يتخذه الدائن يجب أن يصل إلى حد المطالبة القضائية فلا تكفي المطالبة الودية أو الإنذار بخطاب مسجل أو بإنذار رسمي.

والمقصود بالمطالبة القضائية مطالبة الدائن مدينه أمام القضاء بالحق الذي له في ذمته، سواء بدعوى مبتدأه يقيمها الدائن، أو بمطالبته بحقه في أثناء السير في إحدى الدعاوي، كما لو كان مدعى عليه في دعوى رفعها المدين فتقدم بطلب يطلب فيه بحقه أو كانت هناك دعوى قائمة المدين خصم فيها فتدخل الدائن فيها مطالباً بحقه.

ولا بد من المطالبة القضائية بالحق ذاته. ولا تكفي المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة فهي ليست مطالبة بالحق ذاته بل يقتصر الدائن فيها على طلب الحكم بإجراءات وقتية عاجلة كطلب إثبات الحالة. ولا يكفي أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة على مدين للمدين، أو دعوى الصورية يطعن فيها بصورية تصرف أجراه

المدين، أو الدعوى البولصية طالباً الحكم بعدم نفاذه، ففي هذه الدعاوي جميعاً لا يطالب الدائن بحقه ذاته.

على أن مطالبة الدائن بحقه مطالبة قضائية تقطع التقادم بنص المادة (١/٤٣٧) مدني ولو كان قد رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة. وقد روعي في جعل المطالبة القضائية قاطعة التقادم رغم عدم اختصاص المحكمة، أن قواعد الاختصاص كثيراً ما تثير مسائل دقيقة تختلف فيها وجهات النظر فيلتبس الأمر على الدائن.

ويقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم كل إجراء مماثل كتقدم الدائن لقبول حقه في تفليس المدين أو في توزيع أموال المدين، ويقطع التقادم كذلك بالحجز على أموال المدين أو على ماله لدى الغير. وينقطع التقادم كذلك بتنبيه المدين بالوفاء (إذا كان بيد الدائن سند قابل للتنفيذ) سواء عقبه الحجز أم لا يعقبه.

وأما عن قطع التقادم بسبب صادر من المدين فقد أشارت إليه المادة (٤٣٨) مدني فإذا أقر المدين بالدين انقطعت مدة التقادم وبدأت مدة تقادم جديدة، يستوي في هذا أن يكون بفوائد الدين، أو أن يقدم رهناً يقرر ما إذا كان العمل الذي صدر عن المدين ينطوي على إقرار ضمني وقضاؤه هذا فصل في مسألة موضوعية والإقرار حجة قاصرة على المقر فإقرار بعض الورثة بالدين في ذمة مورثهم لا يقطع التقادم بالنسبة للورثة الباقين. وإذا ترك المدين ماله المرهون رهناً حيازياً تحت يد الدائن فإن عمله. هذا يعتبر إقراراً ضمنياً بالدين بقطع التقادم، أما الرهن التأميني فلا يقطع التقادم.

والأصل أنه إذا انقطع التقادم بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى. فإذا افترضنا أنه سرت مدة تقادم قدرها أربعة عشر سنة ثم قام الدائن برفع دعوى يطالب فيها المدين بحقه فإن مدة التقادم السابق سريانها تزول وتبدأ مدة تقادم جديدة. يكون سريانها من وقت انتهاء إجراءات التقاضي بصدور حكم في الدعوى.

ويستثنى من هذه القاعدة حالتان: الأولى: إذا صدر حكم بالدين وحاز درجة البتات. والثانية: إذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت بإقرار المدين. ففي هاتين الحالتين تكون المدة الجديدة لعدم سماع الدعوى (خمس عشرة سنة) المادة (٤٣٩) مدني.

٣ـ آثار التقادم

تنص المادة (٤٤٠) مدني على أنه «لا يسقط الحق بمرور الزمن فإذا أقر المدعي عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» . وتنص المادة (٤٤١) مدني على أنه «إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات» . وتنص المادة (٤٤٢) مدني على أنه

١ـ لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع لو لم يتمسك به المدين.

٢ـ ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى بل أمام المحكمة الاستئنافية إلا إذا تبين من الظروف أن المدعي عليه قد تنازل عن الدفع» .

ظاهر من هذه النصوص أن اكتمال مدة التقادم لا يترتب عليها سقوط الحق فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، لأن التقادم ليس سبباً حقيقياً من أسباب انقضاء الالتزام، بل هو مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة به، ولذا وجب أن يتمسك به ذو الشأن.

والتمسك بالتقادم يكون أساساً للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام، ولا يكفي في ذلك مجرد طلبه رفض الدعوى. وإذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لأحدهم فلباقي المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين المادة (١/٣٢٩) مدني.

كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصياً. فحائز العقار المرهون، له أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن، ومصلحته في هذا هو منع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره. والكفيل إذا ما طالبه الدائن بالوفاء له أن يدفع بتقادم الالتزام المكفول، ومصلحته في هذا أنه بانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم ينقضي التزامه التبعي.

والتمسك بالتقادم لا يعتبر دفعاً شكلياً بل دفعاً موضوعياً، ولذا يجب إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية.

وإذا اكتملت مدة التقادم، وتمسك به المدين، سقط المدين بأثر رجعي، بمعنى أن الدين يعتبر منقضياً لا من وقت تمام مدة التقادم، بل من وقت بدء سريانه. وقد أتى المشرع بتطبيق لهذا الحكم في المادة (٤٤١) مدني السالفة الذكر. ولولا هذا الأثر الرجعي للتقادم، أي لو اعتبر الدين منقضياً من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الأخيرة، باعتبار أن أصل الدين كان قائماً في هذه الفترة وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعي للتقادم.

النزول عن التقادم: قد يقع التنازل عن التقادم قبل سريانه، أو في أثناء سريانه أو بعد تمامه. ويتعين التفرقة بين هذه المراحل الثلاث نظراً لما تقضي به المادة (١/٤٤٣) مدني من أنه لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع» .

فأما النزول السابق، أي الذي يسبق ابتداء التقادم، فيقع باطلاً ولا أثر له. ذلك أنه إذا أبيح مثل هذا التنازل لما تردد الدائنون في فرصة على المدينين في كافة أنواع العقود، مما يؤدي إلى تعطيل أحكام القانون المدني الخاصة بالتقادم واندثار الحكمة في تقريرها.

وأما النزول الذي يتم أثناء سريان التقادم، فيقع صحيحاً بالنسبة للمدة السابقة عليه وباطلاً بالنسبة للمدة اللاحقة، أي أن هذا النزول لا يمنع من سريان تقادم جديد يبدأ من وقت وقوعه. والعلة في ذلك أن مثل هذا النزول يتضمن معنى الاعتراف بالدين، ومعلوم لدينا أن الإقرار بالدين من أسباب انقطاع التقادم المادة (٤٣٨) مدني، ولذا تلغى المدة السابقة عليه ويبدأ تقادم جديد من وقت صدوره.

أما إذا اكتملت مدة التقادم وأصبح الحق فيه ثابتاً للمدين، فإن هذا الحق لا يتعلق بالنظام العام، ولكنه كأي حق آخر يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه، وبالتالي يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أي تكون لديه أهلية التصرف أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. وإذا نزل المدين عن الحق في التقادم بدأت مدة تقادم جديدة مدتها خمس عشرة سنة ولو كانت مدة التقادم الأصلية أقل من ذلك، قياساً على انقطاع التقادم بإقرار المدين المادة (١/٤٣٩) مدني. وإذا تنازل المدين عن حقه في التقادم جاز لدائني هذا المدين أن يطعنوا في تنازله بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها.

٤ـ التقادم المسقط ومواعيد السقوط:

إلى جانب التقادم المسقط نجد في القانون نصوصاً كثيرة تحتم القيام بعمل معين أو رفع دعوى معينة في مدة محددة وإلا سقط الحق في القيام بهذا العمل أو رفع تلك الدعوى. وتسمى أيضاً بمواعيد السقوط أو المواعيد المسقطة ويسمى أيضاً بالمواعيد المحددة أو المقطوعة. وهذه المواعيد وضعها القانون لا لحماية الأوضاع المستقرة كما في التقادم، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه عمل حتماً، بخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون، في مواعيد حتمية لا بد أن يتم العمل خلالها، وإلا كان باطلاً عديم الأثر. ويغلب أن تكون هذه المواعيد قصيرة المدة ومثالها السنة التي حددتها المادة (١٢٥) مدني ميعاداً لرفع الغبن الفاحش في حالة استغلال المتعاقد، ومثالها مدة الأشهر الثلاثة التي حددتها المادة (١٣٦) مدني ميعاداً لإجازة

العقد الموقوف أو نقضه، ومثالها مدة الأشهر الستة التي حددتها المادة (٥٧٠) مدني موعداً لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية، ومثلها مدة الأشهر الستة التي حددتها المادة (١١٣٤) مدني موعداً لرفع دعوى الشفعة وغير ذلك من الأمثلة العديدة التي نكتفي منها بما تقدم.

فكل هذه المواعيد سقوط لا تقبل الوقف ولا الانقطاع وتسري حتى في حق المحجورين والغائبين ولا يجوز التنازل عنها كما أن القاضي يحكم بها من تلقاء نفسه على خلاف مدة التقادم[1].

---

(١) انظر تفصيلاً في الموضوع ـ عبد المنعم البراوي ـ أثر مضي المدة في الالتزام، القاهرة ١٩٥٠، فقرة ٣٣ وما بعدها. السنهوري ـ الوسيط ـ جـ٣ـ فقرة ٥٩٤. إسماعيل غانم ـ أحكام الالتزام، فقرة ٣١٣ وهو ينتقد هذه التفرقة ويرى أن مواعيد السقوط هي مدد تقادم وإن اختلفت عنها في بعض الأحكام.

المحتـــويات

القسم الثاني: أحكام الالتزام